Gilberto Guerrero Quintero
Doctor en Derecho (Universidad de Los Andes)
Profesor Titular en la Universidad Católica Andrés Bello
Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales

OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL CIVIL Y SU ALEGACIÓN

(2ª edición corregida y aumentada)

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos Nº11
Caracas / Venezuela / 2008

KHW2579
G934
2008

Guerrero Quintero, Gilberto.

Objeto de la prueba judicial civil y su alegación / Gilberto Guerrero Quintero – 2ª ed. corr. y aum. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2008.

276 p. (Colección de Estudios Jurídicos, Nº 11)

1. Procedimiento Civil -- Venezuela. 2. Pruebas -- Venezuela.

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las ideas expresadas por el autor

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección de Estudios Jurídicos Nº 11
Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:
ISBN:

Gilberto Guerrero Quintero
Doctor en Derecho (Universidad de Los Andes)
Profesor Titular en la Universidad Católica Andrés Bello
Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Objeto de la Prueba Judicial Civil y su Alegación

(2ª edición corregida y aumentada)

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos Nº 11
Caracas/Venezuela/2008

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño
Presidenta del Tribunal
y Presidenta de la Sala
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López
Vicepresidente de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero
Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz
Dr. Marcos Tulio Dugarte Padrón
Dra. Carmen Zuleta de Merchán
Dr. Arcadio Delgado Rosales

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Presidenta de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Levis Ignacio Zerpa
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Dr. Emiro Antonio García Rosas

SALA ELECTORAL

Dr. Luis Alfredo Sucre Cuba
Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Arístides Rengifo Camacaro
Dr. Juan José Núñez Calderón
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dra. Yris Armenia Peña Espinoza
Presidente de la Sala
Dra. Isbelia Josefina Pérez Velásquez
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Dr. Carlos Oberto Vélez
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Presidente de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero
Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez
Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dra. Deyanira Nieves Bastidas
Primera Vicepresidenta del Tribunal
y Presidenta de la Sala
Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores
Dra. Miriam del Valle Morandy Mijares

Palabras Preliminares

Esta publicación divulga la segunda edición –aumentada, corregida y puesta al día– de la obra del doctor Gilberto Guerrero Quintero, intitulada *Objeto de la Prueba Judicial Civil y su Alegación*. El autor –Abogado y Doctor en Derecho de la Universidad de Los Andes, Profesor Titular, en los cursos de pre y postgrado, en la Universidad Católica Andrés Bello, y ex Magistrado Suplente en la Sala de Casación Civil de este Alto Tribunal– ha escrito numerosas obras, entre las cuales cabe mencionar *Proposiciones Juradas*, merecedora del Premio Nacional de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, correspondiente al año 1992.

Guerrero Quintero inicia su meditación distinguiendo entre *derecho judicial* y *derecho jurisprudencial*. Aquél "se origina en la decisión del caso específico, en donde la *ratio decidendi* se conforma como una norma jurídica de (...) creación judicial": tal es el caso de las decisiones vinculantes del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, fundamentadas en la Carta Magna vigente, artículo 335. Éste nace de

la interpretación judicial de una regla preexistente y no crea normas generales, sino "una especie de guías para los fallos de los tribunales de instancia", salvo el caso de la emanada de la Sala de Casación Social que, por imperio de la ley orgánica adjetiva del trabajo, es de obligatorio acatamiento por tales órganos jurisdiccionales.

Posteriormente, luego de explicitar la finalidad de la prueba procesal, su objeto y necesidad, se interroga sobre el objeto de la prueba y sus diferentes supuestos, a la luz de las disposiciones de los Códigos de Procedimiento Civil y Orgánico Procesal Penal; de las leyes orgánicas Procesal del Trabajo y para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; y la de Tierras y Desarrollo Agrario. Comenta, después, el estado del tema estudiado en la doctrina y la jurisprudencia nacionales, y se plantea, para concluir, algunas interrogantes en relación con la obligación de indicar el objeto de la prueba judicial, entendiendo por tal "la materia a que se contrae la acción o actividad probatoria, alegada y controvertida en el proceso, conducente a la sentencia".

El Alto Tribunal que presido espera que la segunda edición de este libro sea recibida por la comunidad jurídica a la que se dirige con igual interés que la primera y el resto de nuestras anteriores publicaciones.

Caracas, diecisiete de julio de 2008

Luisa Estella Morales Lamuño

Contenido

Dedicatoria 11
Abreviaturas 15

Motivación 17
1. Derecho judicial y Derecho jurisprudencial 17
2. El objeto de la prueba y las reglas obligatorias del Derecho jurisprudencial 24
3. Los seis temas del ámbito probático 26
3. ¿Qué se prueba en el proceso judicial civil? 26

CAPÍTULO I
Fuente de prueba, medio de prueba y prueba 29

CAPÍTULO II
Finalidad de la prueba judicial 37

CAPÍTULO III
Objeto y tema o necesidad de la prueba judicial 43
1. Objeto de la prueba 43
2. Tema o necesidad de la prueba 50

CAPÍTULO IV

¿Qué se prueba? 53
1. Los hechos como objeto de la prueba judicial 59
1.2 La prueba de los hechos 61
1.2.1 Hechos controvertidos 62
1.2.2 Hechos controvertidos determinantes en la carga de la prueba 63
1.3 ¿La prueba circunstancial o indiciaria, conjetural o de raciocinio es objeto de prueba? 67
1.4 ¿Las máximas de la experiencia son objeto de prueba? 70
1.5 ¿La costumbre puede ser objeto de prueba? 71
1.6 Hechos contrarios a la moral y las buenas costumbres 74

CAPÍTULO V

Hechos que no se prueban 75
1. Hecho no alegado 75
2. Hecho admitido 75
3. Hecho imposible 78
4. Hecho notorio 80
5. Hechos presumidos por la ley 90

CAPÍTULO VI

Afirmaciones negativas de hecho 97

CAPÍTULO VII

Las normas jurídicas y el objeto de la prueba judicial ... 103

CAPÍTULO VIII

El derecho a la prueba 107
1. Derecho de acceder a la prueba 107
2. Debido proceso y derecho a la prueba 112
3. Los formalismos y el objeto de la prueba 134

CAPÍTULO IX
Prueba ilegal, impertinente e improcedente 155
1. Prueba ilegal 156
2. Prueba impertinente 160
3. Prueba improcedente 164

CAPÍTULO X
Objeto de la prueba en el COPP 165

CAPÍTULO XI
Objeto de la prueba en la LOPNA 169

CAPÍTULO XII
Objeto de la prueba en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario 173

CAPÍTULO XIII
Objeto de la prueba en la LOPT 175

CAPÍTULO XIV
Objeto de la prueba en la doctrina y jurisprudencia venezolanas 187

CAPÍTULO XV
Algunas interrogantes en relación con la obligación de indicar el objeto de la prueba judicial 251

Conclusión 273

Dedicatoria

A mis hijos:
Mónica, Gilberto y María Alejandra.

A mis nietos:
Daniel Alejandro, Julio Andrés y Carlota Eugenia.
Todos ellos bendiciones del Creador.

Todo sufrimiento humano, todo dolor, toda enfermedad, encierra en sí una promesa de liberación, una promesa de la alegría: "Me alegro de sufrir por vosotros", escribe San Pablo (Col 1, 24). Esto se refiere a todo sufrimiento causado por el mal, y es válido también para el enorme mal social y político que estremece el mundo y lo divide: el mal de las guerras, de la opresión de las personas y los pueblos; el mal de la injusticia social, del desprecio de la dignidad humana, de la discriminación racial y religiosa; el mal de la violencia, del terrorismo y de la carrera de armamentos. Todo este sufrimiento existe en el mundo también para despertar en nosotros el amor, que es la entrega de sí mismo al servicio generoso y desinteresado de los que se ven afectados por el sufrimiento.

JUAN PABLO II

Memoria e Identidad (Conversaciones al filo de dos milenios), p. 206. Planeta, 2005.

Abreviaturas

CC:	Código Civil
C.Com.:	Código de Comercio
CSJ:	Corte Suprema de Justicia
CRBV:	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
CPC:	Código de Procedimiento Civil
COPP:	Código Orgánico Procesal Penal
DRAE:	Diccionario de la Real Academia Española
LOPNNA:	Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes
LOPT:	Ley Orgánica Procesal del Trabajo
TSJ:	Tribunal Supremo de Justicia

MOTIVACIÓN

1. DERECHO JUDICIAL Y DERECHO JURISPRUDENCIAL

El *Derecho judicial* se origina de la decisión del caso específico, en donde la *ratio decidendi*[1] se conforme como norma jurídica de elaboración o creación judicial; mientras que el *Derecho jurisprudencial* tiene su origen en una norma jurídica que es interpretada judicialmente. En nuestro sistema esos dos tipos de Derecho parecen coexistir, pues

[1] Es una expresión latina, que significa literalmente en español "razón para decidir" o "razón suficiente". Hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento. En el *common law*, es decir, en el derecho anglosajón, la *ratio decidendi* tiene gran importancia, pues al revés del *obiter dictum*, sí tiene carácter vinculante y, por tanto, obliga a los tribunales inferiores cuando deben resolver casos análogos (principio de *stare decisis*). Se entiende como la elaboración general del principio, razón general o regla que constituyen la base indispensable de la decisión judicial concreta, y que también tiene fuerza vinculante general, pues como contempla el artículo 335 de la CRBV, "...las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República...". Conforme a este principio podemos comprender que sólo será obligatoria la *ratio decidendi*, "...entendiendo por tal la regla sin la cual la causa se hubiera resuelto de un modo distinto o aquella proposición jurídica que el órgano jurisdiccional estima como determinante en la elaboración del fallo...". La *ratio decidendi* está constituida exclusivamente por los principios, doctrinas o reglas legales en los que el juez ha basado su decisión, junto con el razonamiento que él ha seguido para llegar a su decisión o resolución judicial, y es la parte de la sentencia que constituye el precedente.

aun cuando el juzgador sólo está sometido al imperio de la ley, no obstante –como ocurre con la Sala Constitucional del TSJ– en ocasiones y por efecto de la decisión que determina vinculante para las demás Salas y Tribunales de la República, crea con la misma Derecho judicial, con fundamento en el artículo 335 constitucional, pues en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente, mediante interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia; y por esta vía no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal, como ocurrió en los fallos que tratan sobre los derechos e intereses difusos o colectivos (casos: Defensoría del Pueblo del 30-06-00; William Ojeda, del 31-08-00; Veedores de la UCAB, del 23-08-00); o el que se refirió a la legitimación en juicio de la sociedad civil (caso: Gobernadores del 21-11-00); o el que resolvió lo relativo al *habeas data* (caso: Insaca, del 14-03-01), sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de dichas leyes, y *jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales, por interpretaciones de cómo se debía actuar* (sustitución de la ley por una norma dictada), *a fin de que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse*. Esto último sucedió, por ejemplo, con el procedimiento de amparo (caso: José Amando

---

Sin embargo, se plantea en la doctrina que la obligación de seguir el precedente no se refiere a la sentencia, sino a la *ratio decidendi,* pues quedan excluidas las cuestiones de hecho y los considerandos de la decisión que no son necesarios para la sentencia, ya que son *obiter dicta;* que la *ratio decidendi* es la regla de derecho aportada por el juzgador para fundamentar o motivar su decisión, a través del razonamiento que le permite llegar a la conclusión, sin el cual habría llegado a resolver de otra manera. La *ratio decidendi* es la regla indispensable para la sentencia, por lo cual las consideraciones no necesarias para ella son solamente *obiter dicta* o enunciados jurídicos que van más allá de las pretensiones y de las excepciones, ya de las partes, ya recogidas de oficio, que no forman parte de la ratio y se diferencia de éstos, en que los mismos son aquellas consideraciones que aparecen en las sentencias pero que no se consideran necesarias para la decisión.

Mejía, del 01-02-00). Como puede observarse, lo que acontece es que a veces resulta difícil establecer cuándo se trata de Derecho Judicial o de Derecho jurisprudencial, pues hay sentencias que dictan normas obligatorias y en ocasiones interpretaciones dentro de la sentencia que también dictan normas obligatorias.

En nuestro país cada día cobra más fuerza la coexistencia en mixtura de los dos viejos y grandes sistemas del mundo del derecho como son el *common law* y el *civil law.* Así, en los países del primero se da mayor importancia y trascendencia a la creación judicial del derecho y con fundamento en el principio de *stare decisis*[2] y del precedente (judicial) obligatorio o vinculante, mientras que los países del segundo la solución se obtiene a través de la creación legislativa del derecho y con fundamento en el principio de legalidad. Se afirma que la doctrina del precedente no es la misma que la del principio del *stare decisis*, a menudo confundidas, y que la doctrina del precedente se incardina en la cuestión de las fuentes del ordenamiento jurídico, de modo que el precedente vincula no por ser precedente sino en razón de constituir norma jurídica. El *stare decisis* vincula al tribunal con sus decisiones anteriores, pero no porque sean precedentes sino por ser emitidas por el mismo tribunal. El motivo es la igualdad ante la aplicación de la norma jurídica. El sistema del precedente supone que la decisión judicial del caso concreto se debe resolver con fundamento en la *ratio decidendi* de sentencias anteriores de casos iguales o parecidos, dictadas por tribunales de mayor jerarquía, de modo que esa *ratio* previa conforma el ordenamiento jurídico, es norma jurídica. Así, el principio *stare decisis* se traduce en que el juez o tribunal queda vinculado por sus propias decisiones para casos futuros. Por tanto, el sistema del precedente se incardina en sede de fuentes del ordenamiento jurídico, es decir, el precedente se constituye

[2] La doctrina del *stare decisis* en los sistemas del *common law,* como regla indica la obligación jurídica que tiene el operador judicial de someterse, de no apartarse de determinados precedentes judiciales, para casos análogos, aun cuando a su juicio sean injustos o fruto de una errónea lectura de las normas, a menos que el tribunal pueda establecer una distinción entre los hechos del caso precedente y los del caso actual.

en fuente de derecho. El principio *stare decisis* se vincula a un principio de justicia y, de modo más específico, al de igualdad en la interpretación y aplicación de la norma jurídica ya originada por la ley, la costumbre o los principios generales del derecho.

El *derecho jurisprudencial* como ciencia normativa, no da vigencia a normas jurídicas, sino –mediante la interpretación– cada día va dictando subreglas en la aplicación de la norma específica, o colmando vacíos, para la solución del caso concreto. Estas subreglas se consideran en la jurisprudencia judicial como precedentes, unos como guía para los tribunales de instancia cuando son dictados por la Sala de Casación Civil del TSJ, cuya doctrina *procurarán* acoger (no es vinculante) en casos análogos con la finalidad de defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia (art. 321, CPC), cuya regla procesal civil es contraria a la del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que *obliga* (es vinculante) a los jueces de instancia acoger la doctrina de la Sala de Casación Social del TSJ, establecida en casos análogos, para defender, según expresa la norma, la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia; y si el Tribunal Superior del Trabajo no acata la doctrina emitida por la Sala de Casación Social, aun cuando el fallo no fuere recurrible en casación la misma podrá, a solicitud de parte, a través del recurso de control de legalidad, conocer de ese fallo (art. 178).

Sin embargo, la Sala de Casación Civil, por ejemplo, en la sentencia de fecha 16-11-01 (caso: Microsoft Corporation, objeto de cita en este trabajo), estableció cambio en la doctrina en atención al derecho de objetar el modo como la actora subsana el defecto u omisión imputados al libelo, afirmando que nace para el Juez el deber de emitir un pronunciamiento donde determine si la parte subsanó correctamente o no el defecto u omisión imputado al libelo, pronunciamiento éste que por no tener un lapso previsto expresamente en la ley, debe ser emitido dentro del plazo consagrado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, y al cual le serán aplicables los mandatos de los artículos 252 y 276 *eiusdem*, advirtiendo que los jueces deben ser celosos y dar vigencia al contenido del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, en los casos de impugnación a la subsanación voluntaria de la parte actora para

impedir que la demandada se oponga o impugne únicamente con la intención de demorar el proceso, lo que constituiría una presunción de temeridad o mala fe de acuerdo con lo previsto en el ordinal 1º del Parágrafo Único del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil; y al modificar el criterio establecido en la sentencia de fecha 24 de abril de 1998, *ordena que la modificación deberá aplicarse a las situaciones fácticas producidas a partir del día siguiente a la publicación de esa decisión*. Y así, la Sala de Casación Civil, con los cambios de doctrina establece criterios o subreglas (derecho jurisprudencial) con carácter vinculante.

Conforme al artículo 335 constitucional, "El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República". Así, la Sala Constitucional (caso: Asociación para el Diagnóstico en Medicina del Estado Aragua (ASODIAM), en revisión, en sentencia de fecha 18 de junio de 2003) distingue como refiere la doctrina (*Cfr.* Aulis Aarnio "Derecho, Racionalidad y Comunicación Social", México, Fontamara, 2000) que la fuerza obligatoria de un precedente judicial puede ser de dos tipos: jurídica (de *iure*) o de hecho (*de facto*). La primera, de *iure,* corresponde a las decisiones que dicta esta Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 *eiusdem*); en relación con la segunda, se debe decir que la fuerza obligatoria fáctica de los precedentes judiciales la tienen asignadas las decisiones de las demás Salas de este Supremo Tribunal. La distinción, en uno u otro caso del precedente judicial, tiene efectos de predecibilidad desde una aproximación sistemática interna y una aproximación sistemática externa respecto al Derecho. Así el punto de vista interno es el que tiene el juez que aplica el derecho como órgano que es del sistema judicial, y en esta función no puede sustraerse a la fuerza obligatoria vinculante del precedente emanado de la Sala Constitucional. Desde el punto de vista externo, los precedentes judiciales forman parte de las fuentes del Derecho en los que se basa la

Dogmática Jurídica para estudiar los articulados del derecho válido; y en este sentido, la fuerza obligatoria del precedente de facto sólo es *directiva*; significa ello, que en caso de ser inobservado el precedente es altamente probable que sea revocado en una instancia judicial superior. La fuerza obligatoria del precedente de la Sala Constitucional radica en la atribución que tiene conferida la Sala como máximo intérprete de las normas y principios constitucionales, pero esta interpretación con fuerza obligatoria vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República, se extiende al contenido y alcance de las normas de contenido legal para ajustarlas al texto constitucional, máxime cuando todavía prevalece en nuestro ordenamiento jurídico la legislación preconstitucional. En consecuencia, las decisiones de la Sala Constitucional del TSJ cuando contienen precedentes, su desacato implica una sanción en contra del juez que incurre en el mismo[3].

Cada vez van apareciendo subreglas obligatorias, consecuencia de la interpretación normativa, especialmente por la Sala Constitucional del TSJ, y la preponderancia del derecho legislado, como fuente formal, va cediendo espacio al derecho jurisprudencial, hasta el punto que –en muchas ocasiones– abogados y jueces observan con prioridad lo que afirman las Salas del TSJ, especialmente la Sala Constitucional, antes que lo contemplado en la ley, pues el precedente judicial obliga al tribunal que lo emite y a los tribunales inferiores a resolver casos futuros de la misma manera que los casos anteriores, entonces su carácter vinculante lo convierte en creador de Derecho, es fuente del ordenamiento jurídico.

[3] Para la Sala Constitucional del TSJ, en sentencia de fecha 18 de junio de 2003 Asociación para el Diagnóstico en Medicina del Estado Aragua (ASODIAM), es con rango normativo como deben los jueces asumir los precedentes vinculantes de la Sala Constitucional como máximo intérprete de la constitucionalidad, sin que frente a ellos el juzgador se permita desacatarlos ni siquiera por una objeción de conciencia, ya que el desacato, además de implicar la revocación de la sentencia, configura una conducta judicial indebida que puede dar lugar a la imposición directa de una sanción.

El derecho jurisprudencial pareciera irse fortaleciendo en la contradicción con la norma legislada, hacia el encuentro de la justicia material del caso concreto, lo cual permite la creación de Derecho, pero también su fortaleza adquiere nuevas dimensiones mediante la interpretación de aquélla para adaptarla a la Constitución, pues el juez sólo está sometido a la Constitución.

Como el juez sólo está sometido a la Constitución, ¿debe rebelarse contra la ley para crear Derecho libremente, mediante la interpretación sin límite alguno? ¿Hasta dónde debe llegar la interpretación? ¿La misma no debe tener límite alguno, porque lo importante es la solución del caso concreto, y una interpretación para cada caso, pues las circunstancias pueden ser diferentes? ¿Es admisible incorporar a la norma contenidos que la misma no tiene para aplicarla con fundamento en una interpretación rigurosa, inflexible y absoluta, en beneficio de la justicia material del caso concreto? Pero, ¿en qué consiste la justicia material del caso concreto? Cuando la doctrina resultante de la interpretación de la ley es vinculante, ¿no se cae en el dogma de la subsunción automática de la norma interpretada al caso concreto, pues no se permite fuera de la misma la solución debida? ¿La subregla que se dicta como doctrina vinculante no sustituye de alguna manera a la regla o norma que interpreta? Entonces, aun cuando no la sustituya, ¿la subregla, el derecho jurisprudencial, no da vigencia a una nueva norma producto de la interpretación vinculante?

Queremos significar la necesidad vivencial y práctica del antiformalismo, como herramienta necesaria contra la inflexibilidad y rigidez del derecho legislado y de las conservadoras prácticas tribunalicias que impiden la debida y oportuna respuesta al justiciable, así como la convicción en que el derecho jurisprudencial del precedente vinculante, el Derecho subreglado, no se convierta en estructura rígida, atomizada, impenetrable, estable, represiva y sancionadora, que no permite cambio alguno, de la cual el legislador, los jueces y profesionales del Derecho no puedan apartarse; y lo no menos grave que el tan criticado positivismo jurídico encontraría, en el precedente obligatorio intocable y siempre vigente (una especie de derecho legislado), respaldo en cuanto a que lo que no está en el precedente obligatorio, para el caso análogo, no

existiría en el mundo jurídico. ¿Sustituir el positivismo jurídico por el precedente vinculante? Sin embargo, no existe un derecho pleno y la ausencia de texto legal expreso no se traduce en falta de solución del caso específico, por lo cual el derecho jurisprudencial es libre pero no arbitrario y su límite es la Constitución. Y como sostiene Recásens Siches, sin interpretación no hay en absoluto ninguna posibilidad de que exista de hecho ni funcione en la práctica ningún orden jurídico. Sin interpretación no hay posibilidad alguna ni de observancia ni de funcionamiento de ningún orden jurídico. Para cumplir o para imponer una ley o un reglamento es ineludiblemente necesario convertir la regla general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos y genéricos en preceptos concretos y singulares. Y esto es precisamente lo que se llama interpretación del Derecho. Es más, puede haber un orden jurídico sin leyes, como acontece en las comunidades primitivas, pero no puede haber un orden jurídico sin juez. El juez es una pieza esencial e indescartable del orden jurídico positivo. Claro que el juez debe obediencia a las leyes, pero las leyes no pueden operar por sí solas, sino únicamente a través de la interpretación que se les dé. Y, como se verá, el juez debe interpretar las leyes siempre en un sentido de justicia, es decir, razonablemente[4].

2. EL OBJETO DE LA PRUEBA Y LAS REGLAS OBLIGATORIAS DEL DERECHO JURISPRUDENCIAL

Antes de aparecer este trabajo en el año 2005, se llegó a establecer subreglas de obligatorio cumplimiento, por las Salas Plena, Civil y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, según las cuales quien ofrece el medio probatorio tiene el deber de precisar qué es lo que pretende probar con el mismo, de suerte que de no cumplirse con ese requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba, y que trae como consecuencia la no obligación del juzgador de valorar o apreciar la prueba promovida, con tal defecto omisivo, en cuyo caso no incurre el juzgador en el vicio

[4] *Introducción al Estudio del Derecho,* pp. 214 y ss., Edit. Porrrúa S.A., 5ª edic., México 1979.

de silencio de prueba (Microsoft Corporation de fecha 16 de noviembre de 2001); y que cuando se promueve una prueba debe indicarse cuál es el objeto de la misma y qué se pretende probar con ella, porque de lo contrario dicha prueba será ilegal al no poderse valorar la pertinencia, y por tanto inadmisible (Sala Constitucional, sentencia de fecha 11-07-03, caso: Puertos de Sucre, S.A. en amparo).

Desde esa fecha la Sala de Casación Civil ha venido abandonando las subreglas establecidas por la misma. Este abandono lo podemos observar *infra* (*Vid.* Cap. XIV) en su sentencia del 12 de agosto de 2005 (caso: Guayana Marine Service y otra, contra Seguros La Metropolitana S.A., siguiendo la tendencia hacia el abandono total de la subregla obligatoria establecida en la sentencia del 16 de noviembre de 2001 (caso: Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra Microsoft Corporation), así como en la decisión de la misma Sala de fecha 25 de octubre de 20005 (caso: Gildardo Molina Calles contra Asociación de Mataderos Industriales del Cantón (ASOMAICA).

Las mencionadas subreglas me parecieron razonables. No obstante, en contraste con la Constitución venezolana de 1999 (CRBV), las mismas tienen su fundamento en una doctrina preconstitucional, por lo cual me motivó a realizar en este trabajo algunas consideraciones, nada más, sobre esos criterios reglados, dado que lo razonable de esa tesis, sin embargo, me ha llevado a dialogar con los mismos dentro de una posición de inconformidad a modo de duda razonable; asumiendo que la duda tiene algo de incertidumbre, y lo razonable como argumentación que permite acercarse o aproximarse a motivos para sustentar algunas ideas, pues el fin del Derecho no es sólo la justicia, sino también la certeza jurídica –la seguridad jurídica– y, por tanto, el Bien Común como su destinatario. Por eso me propongo discurrir –de modo sensible– sobre aquella regla a través de diversos temas que se relacionan con la misma, hacia lo que podemos denominar, como conclusión, la dinámica probatoria en la nueva estructura o sistema del proceso civil en el ámbito probático.

3. LOS SEIS TEMAS DEL ÁMBITO PROBÁTICO

El estudio de la prueba judicial trae consigo la presencia inevitable especialmente de seis (6) grandes temas, con algunos de los cuales la mayoría de los autores no ha encontrado un punto de acuerdo que resulte unánime, lo que resulta interesante y necesario que así ocurra, pues el proceso cognoscitivo se va desarrollando a través del permanente discernimiento dialéctico, en constante movimiento interactivo.

Esos temas pueden motivarse a través de las siguientes interrogantes: **(i):** ¿*Qué es prueba*? Esta interrogante atiende a la conceptualización de la prueba, pero más resaltante es su importancia o trascendencia en el derecho y en el proceso judicial, máxime cuando no han sido superadas las dificultades que se atraviesan en el campo de su especificidad conceptual y ante las diversas acepciones del vocablo en el derecho procesal. **(ii)** ¿*Por qué se prueba*? Temática relativa a las razones o motivos de la prueba, la necesidad de probar, lo cual constituye el tema de la prueba (*thema probandum*). **(iii)** ¿*Qué se prueba*? Concerniente al *objeto de la prueba.* Y dentro de esta temática, ¿se prueban sólo los hechos? ¿La prueba es de las afirmaciones? ¿Son los hechos y las afirmaciones? **(iv)** ¿*Quién prueba*? Se vincula a la carga de la prueba. **(v)** ¿*Cómo se prueba*? Guarda relación con el procedimiento probatorio. Tal y como está estructurado el proceso civil venezolano, comprende: la promoción, admisión, práctica o realización de la prueba y valoración o apreciación de la misma. **(vi)** ¿*Cuál es el valor de la prueba*? Interrogante relacionada con la eficacia de la prueba producida, a su valor probatorio o apreciación, como actividad exclusiva del juzgador, y a los sistemas de apreciación de las pruebas judiciales.

4. ¿QUÉ SE PRUEBA EN EL PROCESO JUDICIAL CIVIL?

El presente trabajo se refiere a la interrogante **¿qué se prueba en el proceso judicial civil?**, que alude al objeto de la prueba, o lo que trata de probar el promovente, lo relativo al criterio del Tribunal Supremo de Justicia –en Sala Plena, especialmente las Salas de Casación Civil y Constitucional– que exigen al promovente (siguiendo y ampliando la doctrina del profesor Jesús Eduardo Cabrera Romero) el deber de indi-

car qué es lo que pretende probar con el medio de prueba que ofrece; de suerte que de no cumplir con ese requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara, según ese criterio, al defecto u omisión de promoción de prueba, y que trae como consecuencia la no obligación del juzgador de valorar o apreciar la prueba promovida, con tal defecto omisivo, en cuyo caso no incurre en el vicio de silencio de prueba (criterio de la Sala de Casación Civil), mientras que cuando se promueve una prueba debe indicarse cuál es el objeto de la misma y qué se pretende probar con ella, porque de lo contrario dicha prueba será ilegal al no poderse valorar la pertinencia, y por tanto inadmisible (criterio de la Sala Constitucional). Como se observa, estamos en presencia de una doctrina que abre la posibilidad para la discusión.

Como puede apreciarse, en ese criterio se observan, entre otras, cuatro (4) situaciones que necesariamente hay que tomar en consideración: **(i)** Si el promovente de la prueba no indica qué hechos pretende probar con la misma, la prueba es ilegal al no poderse valorar su, derivando en la inadmisibilidad de la misma, según así lo ha afirmado la Sala Constitucional del TSJ, como *infra* se constata; **(ii)** de no indicar el promovente lo que pretende probar con la prueba, tal omisión equivale a falta de prueba, o lo que es lo mismo, que el promovente nada probó en el proceso judicial de que se trate; **(iii)** ante tal ausencia u omisión, indicativa del objeto de la prueba, el juez que omite el análisis de la prueba promovida y aún admitida y evacuada, si es el caso, no incurre en el vicio de silencio de prueba, porque esa prueba es inexistente; y **(iv)** por el principio de la comunidad de la prueba, si la parte a quien se opone la misma no hace oposición a su admisión, al adolecer de tal omisión, o no indica lo que de la misma le favorece, no le es dado en Casación alegar el vicio de silencio de prueba.

Ante las interesantes consecuencias procesales que se producen cuando el promovente omite indicar qué es lo que pretende probar con el medio de prueba ofrecido, resulta exigente la regla elaborada por el Tribunal Supremo de Justicia. De aquí que pueda formularse una variedad de interrogantes, con fundamento en algunos principios, especialmente los atinentes al derecho a la tutela judicial efectiva (Artículo 26 de la Constitución Nacional), el debido proceso, el derecho a la defensa

y el derecho de acceso a la prueba (Artículo 49 *eiusdem*), así como el principio relativo al proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia material del caso concreto, sin que pueda sacrificarse la misma por la omisión de formalidades no esenciales, a que se refiere el artículo 257 de la Constitución Nacional (CRBV). Por eso es interesante considerar si esa doctrina tiene una base de sustentación que la justifique a la luz de tales principios constitucionales, que la fortalezcan; o, por el contrario, la misma se desvanece en la confrontación que se haga con los mismos.

Estas modestas anotaciones sólo pretenden mostrar interés por la aludida doctrina sobre el objeto de la prueba, de la manera como la ha adoptado el Máximo Tribunal de la República, bajo el rigor de una delicada, inflexible y casi absoluta problemática, buena para unos y mala para otros, pues si hubo un filósofo, Leesing, que dijo de Dios que era el único ser sin problemas, ha sido un jurista, Fenech, quien ha afirmado que Dios es también el único Ser que para juzgar no necesita proceso. Con ello, naturalmente, no pretendemos resaltar la omnisciencia de Dios sino la tremenda contingencia del proceso, sometido a una problemática tanto más grave cuanto mayor sea la idea que nosotros tengamos de la Justicia[5].

[5] Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria,* p. 31, Edit. Praxis, Barcelona, España, 1967.

Capítulo I

Fuente de Prueba, Medio de Prueba y Prueba

En la praxis procesal, en algunos lugares, se tiende a emplear indistintamente las expresiones *"prueba", "medio de prueba"* y *"fuente de prueba".* Así se dice, por ejemplo: "Se debe indicar qué hechos se pretende probar con la prueba promovida", o "es requisito indispensable para la admisión de la prueba que quien ofrece el medio de prueba indique qué hechos pretende probar con el mismo". En la doctrina se observa la interesante pluralidad de criterios diferentes.

Así, para Antonio Dellepiane, la primera dificultad con que se tropieza al abordar el estudio de la prueba judicial nace de la diversidad de acepciones del vocablo prueba en el derecho procesal. Úsasele, desde luego, en el sentido de *medio de prueba,* o sea, para designar los distintos elementos de juicio producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de testigos, prueba indiciaria). En segundo lugar, entiéndase por prueba la *acción de probar,* de hacer la prueba, como cuando se dice que al actor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados: actor *probat*

actionem, con lo cual se preceptúa que es él quien debe suministrar los elementos de juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos que alega como base de su acción, sin cuya demostración perderá su pleito. Por último, con la voz prueba se designa también el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, o sea, la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento[6]. Carnelutti admite que testimonio, documento e indicio son las tres fuentes típicas de prueba[7]. Para Sentís Melendo, el testimonio y la declaración del testigo son medios, mientras que el testigo es la fuente[8]. A fin de que la distinción entre medios y fuentes tenga utilidad práctica, sostiene Arazi, reservamos el primer término a la actividad del juez, de las partes o de terceros, desarrollada dentro del proceso para traer fuentes de prueba; esa actividad se realiza de la manera indicada en cada ordenamiento procesal. En cuanto a las fuentes de prueba, ellas son las personas o las cosas cuyas existencias son anteriores al proceso e independientes de él, que tienen conocimiento o representan el hecho a probar[9].

Para Florián, la prueba son los medios que se emplean para la investigación de la verdad de los hechos[10], que hace referencia a la materia penal, y a pesar de que Couture sostenga que la prueba civil no es una averiguación y de que en el sistema vigente no está confiada normalmente al juez una misión de averiguación ni de investigación jurídica, y que en esto estriba la diferencia que tiene con el juez del orden penal: éste sí es un investigador de la verdad de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos. A tal punto el juez civil no es un investigador, que el reconocimiento del demandado tiene toda actividad de averiguación que pudiera cumplir el juez[11]; para Arazi la inves-

---

[6] *Nueva Teoría de la Prueba*, pp. 7 y 8, Edit. Temis, Bogotá 2000
[7] *La Prueba Civil,* p. 195, 2ª Edic., Depalma, Buenos Aires, 1982.
[8] *La Prueba*..., p. 153.
[9] *La Prueba en el Proceso Civil,* p. 124, Edic. La Rocca, Buenos Aires, 2001.
[10] *De la Prueba Penal*, Milano 1961, Nº 2.
[11] *Fundamentos..., Ob. Cit.* pp. 217 y 218.

tigación, afirmación y acreditación son los pasos que exige el proceso judicial para que los hechos se consideren probados. La investigación podrá hacerla el juez de instrucción criminal, el abogado antes de iniciar el proceso civil e, incluso, el juez civil en ciertas circunstancias[12]; mientras que Guasp entiende la prueba como el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo[13]; siendo, además, la prueba el instrumento mismo[14]; o como afirma Silva Melero, la prueba no es la convicción del juez, sino el medio para formarla[15]. En fin, la prueba, entre una de sus acepciones, consiste en el medio de prueba (Rosemberg, Alsina, Framarino, Rocco, Amaral Santos, entre otros).

Para Carnelutti, Laurent, Schöenke, Chiovenda, Aragoneses, la prueba, en orden a su resultado, es la convicción que con la misma se produce en la mente del juez, sobre la realidad o verdad de los hechos que configuran el delito, el litigio o la cuestión no litigiosa, bien sea con cada medio en particular o con el conjunto de los aportados al proceso; el resultado de la actividad probatoria, la demostración legal de la verdad de un hecho; la demostración que un hecho ha existido. Carnelutti denomina medio de prueba a la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar, que es, ante todo, la percepción del juez[16]; en tanto que según Sentís Melendo los medios de prueba son las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes de prueba se incorporan al proceso[17].

Florián resume de manera interesante las diversas acepciones de la noción de la prueba judicial, cuando indica que la misma presenta tres

---

[12] *Los principios procesales y la prueba*, en La prueba, *Ob. Cit.*, p. 31.
[13] *Derecho Procesal Civil,* p. 333, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.
[14] De La Plaza, *Derecho Procesal Civil,* Vol. 1, p. 442, Edit. Revista de Derecho Privado.
[15] *La Prueba Procesal,* Vol. 1, p. 32, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1963.
[16] *La Prueba Civil*, pp. 70 y 71.
[17] *La Prueba,* p. 151.

aspectos como son: a) Su *manifestación formal,* que constituye los medios utilizados para llevar al juez el conocimiento de los hechos (testigos, documentos indicios, entre otros); b) su *contenido sustancial,* referido a las razones o motivos que de esos medios se deducen en favor de la existencia o inexistencia de los hechos; y, c) su *resultado subjetivo,* es decir, el convencimiento que con ellas se trata de producir en la mente del juez, quien concluye si hay o no prueba del hecho.

Pietro-Castro y Gómez Orbaneja adoptan una posición intermedia, cuando conciben la prueba tanto como una actividad para producir la convicción del juez, cuanto un medio para la fijación formal de los hechos, aunque este segundo aspecto sólo pretende incluir los supuestos en los que, prescindiendo de la convicción del juez, un hecho ha de quedar establecido como cierto en la sentencia[18].

Por su parte, Devis Echandía establece la diferencia que para él existe entre prueba y medio de prueba, pues en sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende las razones o motivos que sirven para llevar al juez la certeza sobre los hechos; y por medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba). Puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada, porque de él no se obtiene ningún motivo de certeza. Mas, sin embargo, el autor considera que en un sentido general, se entiende por prueba judicial, tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos y el resultado de éstos[19]. Mientras que para Enrique Falcón, la prueba es la demostración en juicio de la ocurrencia de un suceso[20].

Nuestro Código de Procedimiento Civil en el artículo 395 contempla que: "Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina

[18] Ortells Ramos, *Derecho Procesal Civil*, pp. 364 y 365, Edit. Aranzadi, 2001.
[19] *Teoría general de la Prueba Judicial*, Vol. 1, p. 29, Buenos Aires, 1974.
[20] *Tratado de la Prueba*, Vol. 1, p. 25, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2003.

el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señala el Juez". Sin embargo, en el artículo 396 *eiusdem s*e hace referencia a que "...las partes promoverán todas las pruebas de que quieran valerse..."; mientras que, entre otros, en el artículo 400 *ibídem* se pauta que "Admitidas las pruebas..."; con todo lo cual puede apreciarse que nuestro legislador no hace distinción entre prueba y medio de prueba. Por su parte, el artículo 70 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT, G.O. Nº 37.504, 13-08-03), dentro de la misma concepción del Código de Procedimiento Civil, estatuye que: "Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina la presente Ley, el Código de Procedimiento Civil, el Código Civil y otras leyes de la República, quedando excluidas las pruebas de posiciones juradas y de juramento decisorio"; máxime cuando "Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones" (artículo 69, LOPT); medios de prueba utilizados por las partes y el juez, pues cuando los medios de prueba ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez en decisión motivada e inimpugnable puede ordenar la evacuación de medios adicionales, que considere convenientes (artículo 71 *eiusdem).*

Como se observa, para nuestro legislador el medio de prueba consiste en los elementos o instrumentos (la confesión –en el ámbito civil, pero no en el laboral donde ha sido sustituida por la "declaración de parte" en el artículo 103 LOPT, ni el juramento decisorio–; el testimonio, instrumentos, experticia, inspección judicial, entre otros), utilizados por las partes con la finalidad de llevar al juez el conocimiento de los hechos alegados (a través de los medios de prueba "que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones", como se estatuye en la norma procesal civil *supra* citada); o con la finalidad de acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juez respecto a los

puntos controvertidos. De allí que el derecho a la prueba es aquel que corresponde a las partes (en el proceso) para la utilización de los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil, el Código Civil y otras leyes de la República; así como cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, para llevar al juzgador la convicción sobre los hechos alegados (los hechos controvertidos), de modo que no sólo se ofrezcan los medios de prueba conducentes a la solución de la controversia, sino que los mismos sean admitidos, evacuados y valorados por el juzgador (*Vid.* Cap. IX. 2).

Luego de tan disímiles criterios, pareciera deducirse, entonces, que: (i) la fuente de prueba son las personas o las cosas, cuya existencia es anterior al proceso judicial e independiente del mismo, que tienen conocimiento o representan hechos de interés procesal; siendo limitada la *fuente de prueba,* pues no puede buscarse más allá de lo que existe, creando un hecho que no existió antes del proceso, no obstante que pueden aparecer hechos nuevos, pero que, como en el caso a que alude el artículo 364 del Código de Procedimiento Civil, de haber terminado la contestación a la demanda o precluido el plazo para realizarla, no podrá ya admitirse la alegación de *nuevos hechos*; alegación que sí puede proceder en la situación fáctica regulada por el artículo 419 *eiusdem,* al no permitirse promover la prueba de posiciones más de una vez en la primera instancia y una en la segunda, a no ser que, después de absueltas las primeras posiciones, se aleguen en contra hechos o instrumentos nuevos, caso en el cual se podrán promover otra vez con referencia a los *hechos o instrumentos nuevamente aducidos;* o como acontece cuando la declaratoria de no haber lugar a la interdicción no impedirá que pueda abrirse nuevo procedimiento, si se presentaren *nuevos hechos,* pues así lo regula el artículo 737 *eiusdem.* Igualmente ocurre en el caso regulado por el artículo 484 de la LOPNA al establecer que en la audiencia de juicio, "Las partes deben exponer oralmente sus alegatos contenidos en la demanda y su contestación, y no se admitirán nuevos alegatos, salvo aquellos que hayan surgido durante el proceso o, que al criterio del juez o jueza, sean anteriores al proceso pero no se tuvo conocimiento de ellos (...)". (ii) El *medio de prueba* como el elemento o medio (testigos, experticia, inspección judicial, entre otros) que, ofre-

cido por las partes o recogidos por el juez, sirve para que la constatación o verificación de esos hechos, por parte del juzgador, tenga lugar. El contraste diferencial entre fuente de prueba y medio de prueba, puede apreciarse con facilidad en los ejemplos siguientes: En la experticia, las personas o cosas que serán objeto de estudio o examen por los expertos, son fuentes, en tanto que los expertos y su dictamen son medios. En los testigos, éstos al rendir su declaración son fuente, pero el modo o forma como se incorpora su deposición a la causa, es el medio. En la confesión provocada, el absolvente es la fuente y la manera de incorporar su deposición a los autos, es el medio. En la prueba instrumental, fuente son los instrumentos o documentos, mientras que su ofrecimiento o presentación en el proceso se realiza a través de la manera como lo indica la ley, será el medio. La *prueba* será la constatación o verificación por el juez de los hechos afirmados y controvertidos, conducentes a la sentencia; o como opina Couture, en su acepción común la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación[21].

[21] *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 215, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1976.

CAPÍTULO II

FINALIDAD DE LA PRUEBA JUDICIAL

¿Para qué probar? Es la pregunta que generalmente se formula cuando se plantea sobre cuál es el objetivo de la prueba. En la doctrina se habla de objetivos, éstos se relacionan con objetivos probatorios, según la necesidad de probar o no y según la problemática del conflicto de intereses. Se trata de que la persona que tiene interés en demostrar o probar un hecho, se traza un objetivo probático que sea posible o realizable y que le permita encontrar la solución al conflicto.

Ha sido tradicional, por lo repetitivo, conocer que la finalidad de la prueba judicial es el establecimiento o encuentro de la verdad. ¿Cuál verdad? ¿La verdad de los hechos alegados? Nuestro Código de Procedimiento Civil, en su artículo 12 estatuye el deber del juez de tener por norte de sus actos la verdad, que procurará conocer en los límites de su oficio, y de atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados; no obstante que lo autoriza para que pueda fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia.

Como se observa, no se trata propiamente de una verdad formal, pues entonces estaríamos hablando de dos verdades admitidas por nuestro legislador: la verdad que encuentra el juez por haber sido alegada y probada en autos (el hecho alegado y probado), en cuyo caso decide a favor de quien él considera que tiene *"la verdad"* (verdad judicial, o la que aparece de las pruebas del proceso), y la otra verdad que no pudiera encontrarse en los autos, que sería la verdad verdadera (la verdad material, la que se relaciona o refiere a los hechos realmente ocurridos). La verdad absoluta de los hechos pareciera no encontrarse en el proceso de ninguna manera. Es así, entonces, como la verdad formal tiene prevalencia en el ámbito civil, con vista a que es la única válida, aun cuando sea diferente a lo que en realidad haya podido acontecer.

Se trataría de dos verdades que no pueden existir al mismo tiempo, porque una de las mismas choca con la justicia material del caso concreto. Hernando Devis Echandía critica la tesis según la cual se asigna a la prueba judicial la finalidad de establecer la verdad, afirmando que tal teoría es inaceptable, porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al juez el convencimiento necesario para fallar[22].

Sin embargo, también se afirma que el fin de la prueba judicial es la fijación de los hechos del proceso, con lo cual los mismos conducen a la verdad pretendida; pero en realidad los hechos fijados pueden o no coincidir con la convicción a que el juez puede llegar. Y es que, incluso, hay relación relativa entre *"certeza"* y *"verdad",* pues en ocasiones se puede encontrar la certeza del hecho, pero no la verdad del mismo, en cuyo caso se ha demostrado un hecho (allí está demostrado), pero el mismo no es verdadero en cuanto su demostración no es real, sino ajeno a la verdad, no obstante aparecer como cierto porque se demostró en el proceso; al igual que hay ocasiones en que la certeza y la verdad coinciden en un punto: el hecho cierto y verdadero al mismo tiempo. Pero para que haya certeza, como afirma Mittermaier, se exige el cumpli-

[22] *Ob. Cit.*, p. 239.

miento de ciertas condiciones esenciales: 1) requiérese un conjunto de motivos, acreditados por la razón y la experiencia, para poder servir de base a la convicción; 2) es preciso que la preceda un esfuerzo grave e imparcial, profundizando y apartando los medios que tiendan a hacer admitir la solución contraria; 3) no puede existir certeza hasta haber sido alejado los motivos resultantes de los autos, que tienda a presentar la inculpación como descansando acaso sobre una imposibilidad o lleguen a dar un resultado positivamente contrario al que los demás motivos suministran; 4) antes de que la certeza predomine, el entendimiento quiere ver alejados los motivos mismos que no se apoyarían sino en una posibilidad en sentido contrario; 5) por lo que respeta a las circunstancias simplemente imaginables, aunque poco frecuentes, el entendimiento no podría olvidarlas desde el punto en que existieran indicios en la causa, por ligeros que fuesen, que estableciesen una probabilidad siquiera lejana[23]. Asimismo, lo que objetivamente llamamos verdad, observa Muñoz Sabaté, subjetivamente denominamos certeza. Sí, pues, por el lado objetivo de esa verdad, vista judicialmente, se nos presentan tales dificultades, forzoso será que desplacemos nuestra atención al campo puramente subjetivo de la prueba, como única forma de hallar un nivel o medida con la cual podamos dar por lograda la evidencia judicial. Decimos que cuando nuestra mente se adhiere a un determinado aserto sin temor a equivocarse, se produce la certeza[24].

Hay verdad en cuanto a los hechos, como sostiene Dellepiane, cuando la idea que de ellos se forma el juez en un todo con la realidad, cuando se los imagina tales como fueron o como son[25]. Y como ha observado Enrique Pedro Haba M., la relación entre *certeza* (en sentido subjetivo) y verdad en el pensamiento jurídico se presenta, pues, de la manera siguiente: cada jurista tiene la certeza de que él mismo ha alcanzado la verdad con la interpretación en que él cree; que esa, su certeza, es garantía suficiente de la verdad en esa materia; o sea, certeza = ver-

[23] *Tratado*, pp. 71 y 52.
[24] *Técnica Probatoria*, p. 60.
[25] *Ob. Cit.*, p. 30.

dad. Pero esto no es más que un mito, ya que, si bien hay aquellas certezas, de hecho ninguna interpretación jurídica es la verdadera, cuando los juristas discrepan al respecto. Por lo demás, si se usan ambos términos como sinónimos, ni siquiera podría plantearse lo de la relación, ya que una relación no puede darse sino entre dos cosas que, por lo menos en algún respecto, son distintas[26].

La verdad, ciertamente, tiene que ser una sola y el proceso no puede, de ninguna manera, conducir al encuentro de una verdad absoluta, pues ésta es, allí, inalcanzable. Lo importante es que el hecho alegado se pruebe, conforme a la convicción o creencia a que llegue el juzgador, pues como sostiene Sergi Guash Fernández, la manera en que se produce la convicción es ya un campo lleno de elementos psicológicos que deben estudiar otras ramas de la ciencia. El problema de fondo viene a centrarse en eliminar el arbitrio subjetivo del órgano jurisdiccional en el acierto del elemento fáctico e intentar que sea establecido con criterios objetivos. No obstante, se puede estar de acuerdo conque la apreciación de la prueba tenga carácter probalístico, ya que es el que mejor se adapta a la estructura de nuestro razonamiento, intentando encontrar soluciones en el ámbito de una concepción probalística que sea adaptable a la apreciación de la prueba. Sólo podemos afirmar que tenemos o no la convicción de una afirmación fáctica[27].

La finalidad de la prueba es lograr la convicción del juez a través de la **probabilidad** (hecho o suceso del que existen razones para creer que se realizará), la **verosimilitud** (que parece verdadero y puede creerse), o de la **certeza** (conocimiento cierto de lo fáctico, evidente, seguro), que al decir de Jerome Frank, para la finalidad práctica de la sentencia de un tribunal no interesa cuáles fueron los hechos reales, lo que importa es esa creencia[28]. Esa convicción se obtiene por el juez,

---

[26] *Normativismo y Realismo como Opciones del Juez*, p. 79, en Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001.
[27] *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, pp. 238 y 239, Edit. Bosch, Barcelona, España, 1998.
[28] *Derecho e Incertidumbre*, p. 26, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

con la apreciación o valoración crítica de los elementos de prueba resultantes de la praxis probatoria, que le permite al mismo establecer si los hechos alegados fueron o no demostrados. El juez no está llamado a producir decisiones subjetivas o personales, pues las mismas por su propia *ratio* son objetivas. Se trata de buscar la verdad jurídica a través de la eficacia de la justicia. Para esto la prueba tiene como finalidad llevar la convicción (la creencia) al juez de que conoce la verdad a través de la propia convicción o certeza de los hechos afirmados y probados.

En consecuencia, para llegar a esa convicción a través de la eficacia de la justicia, ¿el promovente de la prueba debe indicar qué pretende probar con la misma, pues en caso contrario la prueba es inexistente? ¿La finalidad de la prueba se desvanece cuando el promovente no actúa de ese modo? Y si el promovente no actúa así, indicando lo que pretende probar, ¿carece de sentido alguno el control de la prueba por el juez y la otra parte? ¿Es que acaso no es suficiente que el numeral 5º del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil establezca la obligación del demandante de indicar o relacionar los hechos en que basa su pretensión; y para el demandado su obligación de expresar con claridad si los contradice en todo o en parte, o si conviene en los mismos absolutamente o con alguna limitación, como lo estatuye el artículo 361 *eiusdem?* En el transcurso de este trabajo tendremos ocasión de anotar algunas ideas al respecto.

CAPÍTULO III

OBJETO Y TEMA O NECESIDAD DE LA PRUEBA JUDICIAL

En la doctrina se observa la presencia de dos corrientes contrapuestas a la hora de tratar estas dos nociones. Para unos, pareciera que objeto y tema de la prueba es la misma noción, pues no hacen ninguna distinción entre las mismas. Para otros, esas nociones se diferencian. En consecuencia, la confusión y la diferencia, de todas maneras, como se admite en la doctrina, afecta la comprensión de la prueba judicial.

1. OBJETO DE LA PRUEBA

Dentro de la temática del Derecho procesal, el objeto de la prueba está estrechamente relacionado unas veces con el sujeto a que se refiere, a un objeto específico u otro elemento o circunstancia que puedan ser demostrados, constatados o verificados, no sólo por la parte interesada que percibe o capta a través de cualesquiera de los sentidos, que lo puede ofrecer para demostrar el hecho de su interés que afirma en el proceso; sino por el juzgador que lo deberá constatar de haberse demostrado y tener influencia decisiva en la suerte de la causa o contro-

versia. Sólo hay objeto si existe un sujeto conocido que tenga interés (quien ofrece el medio de prueba o por el juzgador, según corresponda). El objeto de la prueba puede existir, pero no tener el sujeto que lo aprehenda o capte de alguna manera y del modo indicado, para conducirlo o presentarlo en el proceso; o porque no es de su interés. En todo caso, el objeto de la prueba versa necesariamente sobre el hecho o hechos, así se diga que el objeto de la misma son las cosas, hechos y seres; o que es todo lo posible de confirmación, o que es la afirmación sobre el hecho, o se combinen esos criterios o sistemas, afirmándose, como anota Augusti[29], que se trata de la concepción del *objeto inmediato,* la afirmación, y del *objeto mediato,* el hecho.

Por "objeto de la prueba" entendemos, siguiendo a Taruffo, el hecho particular que el concreto medio probatorio propuesto tiende a demostrar[30]. Se comprende que el hecho particular a probarse es el alegado y controvertido, pues no son objeto de prueba el hecho admitido, el notorio, el imposible, el presumido por la ley, el no afirmado. Sin embargo, también objeto de la prueba *es el tema* a que se refiere la actividad probatoria y sobre el cual se persigue generar la convicción del juez o la fijación en la sentencia por aplicación de una norma de valoración legal. En principio puede decirse que objeto de la prueba son los datos alegados por las partes. Se afirma que objeto principal de la prueba son los *datos de hecho alegados* por las partes y que guarden relación con la pretensión procesal[31]. Como se aprecia, pareciera de tal modo confundirse *objeto* con *tema* de prueba, pues al hacer referencia al objeto de la prueba, como dato de hecho alegado; se trata, como explica el DRAE, del antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de una cosa o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho, documento, testimonio, fundamento. El objeto serían los hechos, las afirmaciones o los hechos afirmados –según el criterio que se adopte–, pero el tema

[29] En el apéndice de *La prueba Civil* de Carnelutti.
[30] Joan Picó I Junoy, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, p. 47, Edit. Bosch, Barcelona, 1996.
[31] Manuel Ortells Ramos, *Ob. Cit.*, p. 367.

no es el objeto, pues el tema guarda relación con la necesidad de la prueba, es decir, por qué se prueba ese o aquel hecho (1.2, *infra*). Carnelutti parte de la idea en cuanto a que objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones[32]; no obstante que posteriormente en el Sistema...[33], afirma como objeto de la prueba el hecho, en lugar de la afirmación, o la verificación como función de la prueba, mientras que para JAIME Guasp, el objeto de la prueba lo constituyen los mismos datos que integran el contenido de las alegaciones procesales[34]. Los datos son los antecedentes que permiten llegar al conocimiento de una cosa, de algo; documento, información. Por su parte, Hernando Devis Echandía, sostiene que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que pueda asimilarse a éstos (costumbre y ley extranjera)[35]. Para Palacios, los hechos pueden ser presentes, pasados o futuros, que pueden ser objeto de prueba los hechos del mundo exterior (provengan de la naturaleza o de la acción del hombre), cuanto los estados de la vida anímica humana. Pueden probarse los hechos pasados, presentes o futuros (por ejemplo, los ingresos que podría percibir una persona durante el probable resto de la vida), los hechos hipotéticos, la inexistencia de un hecho[36]. Según Lessona son los hechos el objeto de la prueba, y es principio inconcurso que las partes deben probar los hechos de los cuales pretenden deducir sus derechos[37]. En igual sentido Liebman, al sostener que objeto de la prueba son los hechos de la causa, o sea, todas las circunstancias de hecho alegadas por las partes como fundamento de sus demandas o excepciones[38]. Lessona y Liebman, tampoco hacen distinción entre objeto y tema de prueba, llegando a confundir sendas nociones. Jorge Kielmanovich proclama que también debe repararse, dicho sea de paso, que la admisión del hecho "*superveniens*, constitutivo, modificativo o extintivo del derecho", demuestra

[32] *La Prueba Civil*, pp. 42 y 43, Buenos Aires, 1955.
[33] Vol. 1, p. 674.
[34] *Derecho Procesal Civil*, Vol. 1, p. 300, Edit. Civitas, Madrid, 1998.
[35] *Ob. Cit.*, pp. 155 y ss.
[36] *Derecho Procesal Civil*, tomo 4, p. 343.
[37] *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, Vol. 1, pp. 183 y 184, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.
[38] *Manual de Derecho Procesal Civil,* Edic. Jurídicas Europa-América, p. 281, Milano, 1976.

con insuperable elocuencia que el objeto de la prueba son los hechos y no las afirmaciones en sí mismas, pues su consideración oficiosa por el juez no presupone en rigor su invocación previa como tal –en tanto, claro está, aparezca debidamente acreditado–, por lo que el mismo podrá ser materia de *thema probandum*, aun cuando no se hubiese encontrado aprehendido dentro de una "afirmación" o alegación en el contexto aquí descrito[39].

Como el Código de Procedimiento Civil en el artículo 506 contempla que "Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho", este principio pareciera contener dentro de sí las nociones de *carga, tema y objeto de prueba,* sin establecer entre las mismas ninguna diferencia, en cuyo caso pareciera que el objeto o tema de la prueba son los hechos afirmados, que, con palabras de Rosemberg, pueden ser los estados o hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos: palabras o documentos), siempre que no impliquen una conducta humana apreciable en razón de hechos externos, porque entonces corresponderían al primer grupo; los "hechos de la naturaleza", en que no interviene actividad humana; la "persona física humana", su existencia y características, estado de salud, etc.; todo aquello que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, actos o hechos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación[40].

El mundo de la naturaleza o fenomenológico en lenguaje de Husserl, esto es, el mundo del ser, comprende cuatro aspectos: 1º) Las cosas reales, es decir, las que se producen en el espacio y en el tiempo, que se rigen por el principio de causalidad; 2º) Las cosas ideales que están

[39] Teoría de la Prueba y Medios Probatorios, p. 31, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
[40] *Tratado, Ob. Cit.*, Vol. II, p. 209.

fuera del espacio y del tiempo, y se rigen por los principios de conexión; 3º) Los valores; 4º) La vida. El derecho no pertenece al mundo de la naturaleza, al mundo del ser, sino al del espíritu o cultura, no tiene un ser, sino un deber ser.

El mundo de la naturaleza penetra en el mundo del derecho en cuatro momentos principales: 1º) En la creación de la norma jurídica; 2º) En la producción del hecho jurídico; 3º) En la imputación de la norma al hecho; 4º) En la ejecución de lo imputado.

1º) *Creación de la norma.* El legislador toma todo este mundo fenomenológico, a fin de dictar la norma jurídica, o sea, una regla ideológica por la cual a determinada conducta humana le imputa determinada consecuencia. Para ello, el legislador estudia la situación fáctica del ámbito en el cual se va a aplicar la norma, las necesidades de la prohibición, sus ideales y creencias, los ideales de justicia, etcétera y va a construir lógicamente, es decir, con lógica jurídica, la ley, la norma, que se convertirá así en derecho objetivo.

2º) *Promoción del hecho jurídico.* El segundo momento de la penetración del mundo de la naturaleza en el mundo del derecho, es cuando se producen los hechos o las acciones humanas, previstas en las normas como hipótesis para que se verifique la imputación ordenada. Así un hecho de la naturaleza, como la de un aluvión, un terremoto, la caída de un edificio, etcétera; o un hecho del hombre como la guerra, el crimen, el contrato, la entrega de una cosa en comodato, mutuo, locación o venta, etcétera, produce la hipótesis de conducta humana prevista por la norma para imputarle determinada consecuencia.

3º) *Proceso de imputación.* Dictada la norma, y producido el hecho, debe procederse a imputar la consecuencia establecida en la norma. En tiempos primitivos, esta imputación era actividad privada de los interesados, pero en tiempos posteriores, la misma se convirtió en una función esencial de las sociedades organizadas en Estado, evitando así la acción privada para convertirla en actividad pública. La norma jurídica dictada por el legislador (o establecida por la costumbre en los países de derecho consuetudinario) es un ordenamiento por el cual se imputa a deter-

minada conducta humana una consecuencia jurídica, vale decir, una consecuencia que tiene su sanción y que puede aplicarse por medio de la fuerza coactiva del Estado si fracasan las actividades privadas de composición de los intereses contrapuestos. La norma jurídica, es pues, hipotética, abstracta, general y se aplica por el órgano del Estado cuando se produce el hecho hipotético preestablecido. La función del que aplica la norma, es decir, del juez, es pues la de verificar si se ha producido la hipótesis de *ipso* prevista en la misma para proceder a imputarle las consecuencias jurídicas establecidas en ella. Esta subsunción del hecho a la norma es objeto de un procedimiento que realizan los órganos jurisdiccionales, que constituye la dinámica del derecho, terminado por una declaración del juez que se llama sentencia[41].

Cuando se dice que el objeto de la prueba judicial son los hechos, se toma esta palabra –afirma Hernando Devis Echandía– en un sentido jurídico amplio, esto es, como todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura, y no en su significado literal, ni mucho menos circunscrito a sucesos o acontecimientos; en otra forma no podría incluirse en el término todo lo que puede probarse para fines procesales[42].

¿El tiempo es un hecho? El que indica el momento de una acción, según el Diccionario de la Lengua Española, considerada desde el punto de vista de su relación con el momento del habla, y, al mismo tiempo, con el de otra acción expresada en el mismo contexto. No obstante, podemos considerar que el tiempo es un hecho y como tal un acontecimiento que sucede en momentos continuos y fluyentes (sin detenerse) en el espacio, para indicar unas veces el nacimiento de un derecho, y otras a modo de precisar la extinción o pérdida del mismo, u otros acontecimientos en la vida humana y social, pues toda actividad humana podría decirse que está influida de alguna manera por el tiempo. La vida del ser humano transcurre en una constante medición del movimiento, quié-

[41] Alberto Etkin, *Enciclopedia Jurídica Omeba,* tomo XIII, pp. 684 y ss.
[42] *Teoría General de la Prueba Judicial,* t. 1. p. 158, 3ª edic., Buenos Aires, 1974.

rase o no, cuya medición se traduce en el "hecho temporal". Así ocurre y transcurre constantemente mientras vivimos en este microcosmos. El tiempo, como hecho, constituye un suceso o acontecimiento de orden natural que el hombre cuantifica al medir el movimiento; mesura que da lugar a consecuencias jurídicas de diverso significado y trascendencia en la vida y actividad humana.

Se ha afirmado que el tiempo en sí no es un hecho, desde el punto de vista fenoménico, sino un concepto de relación del cual nos servimos con el espacio para establecer la individualidad, relacionándolos entre sí, de todos los hechos y de todos los entes materiales. Pero, si no el tiempo en sí, puede asumir para el derecho razón de "hecho", y función inherente, el llamado "transcurso del tiempo". Y a este efecto nosotros no tenemos que definir este concepto ni asumirlo en la que pueda ser su acepción filosófica, sino que tenemos que considerarlo tal como se ofrece a nuestra experiencia. Todos sabemos, y lo concebimos prácticamente, que el tiempo pasa, que hoy ya no es ayer y mañana tampoco será hoy. Este "pasar del tiempo" no deja de tener influencia en las relaciones jurídicas[43]. O como afirma Carnelutti, además del concepto de causalidad, es necesario, a fin de darse cuenta del movimiento jurídico, que esté claro el concepto de hecho. Este es otro de esos conceptos no jurídicos que los juristas casi siempre tienen el error de aceptar empíricamente del sentido común, sin cuidarse de definirlo con precisión. Las dificultades que se han derivado a la ciencia del Derecho de esta mala costumbre son, desgraciadamente, muchas y graves. El punto firme de que es necesario partir es que el hecho, como la situación, es el fruto de una abstracción. El hecho en sí, aislado del resto de la historia, no existe. Todo lo que se puede decir es que el hecho es menos abstracto, es decir, menos simple que la situación; pero también es abstracto. Si la situación se compara a uno de los fotogramas del film, y el hecho al film entero, también nos damos cuenta de que el film es un segmento de la historia. Aislar un hecho de la historia quiere decir señalar los límites de

[43] Doménico Barbero, *Sistema del Derecho Privado,* Vol. 1, pp. 343 y ss.

él, o sea, el principio y el desenlace, que son, respectivamente, como el primero y el último fotograma o, fuera de toda metáfora, la situación inicial y la situación final; las situaciones intermedias, que establecen la continuidad del hecho entre el principio y el desenlace, se llaman el ciclo del hecho[44].

¿Constituye el tiempo un hecho jurídico? Ante la interrogante se ha afirmado que el tiempo no es un "hecho jurídico"; pero aquí se considera el tiempo, no como categoría filosófica o lógica, en cuanto relación, sino su transcurrir, o sea, el sucederse de sus diversos momentos; y éste es, desde el punto de vista jurídico, un hecho de orden natural, que se contrapone (y aquí está su significado) a los actos humanos y al cual se vinculan efectos jurídicos. Tan cierto es esto, que determinados institutos operan en cuanto suponga como coeficiente de su esencia jurídica el transcurso del tiempo[45].

2. TEMA O NECESIDAD DE LA PRUEBA

El principio del tema o necesidad de la prueba, como uno de los principios generales de la prueba judicial, está comprendido en la regla que ordena al juez "atenerse a lo alegado y probado en autos" (artículo 12, CPC), por lo cual los hechos que sirven de fundamento al juez para su decisión deben estar demostrados con las pruebas aportadas al proceso. Esto significa, asimismo, que las pruebas son indispensables para tal demostración, porque el juzgador no puede suplirlas con su conocimiento privado o personal que tenga sobre los hechos, pues conculcaría el derecho de las partes al derecho de acceder a las pruebas (1, artículo 49, CRBV) y al derecho de contradecirlas, pues como afirma Michelli, una cosa es que el juez llegue al conocimiento directo de los hechos por su iniciativa probatoria, y otra, que sin necesidad de pruebas declare un hecho porque lo conoce privadamente[46].

---

[44] *Teoría General del Derecho*, p. 245 y ss., Madrid, 1955.
[45] Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* Vol. 2, N° 32.
[46] *La Carga de la Prueba,* p. 12, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1961.

La necesidad o tema de la prueba atiende a la interrogante ¿por qué se prueba?, por lo que es considerada como aquel impulso irresistible que hace que el sujeto actúe de determinada manera, a objeto de comprobar el hecho alegado y controvertido, por lo que forzosa e inevitablemente debe proceder a realizar una actividad orientada a llegar a ese objetivo. Se trata de un estado hasta emocional que desea ser satisfecho. Es la necesidad de probar el hecho afirmado, por constituir el mismo presupuesto de la norma jurídica cuya aplicación se requiere ante la presencia del hecho no admitido.

Al tema de la prueba le es adjudicado como sinónimo, además del vocablo **necesidad** (aquello de lo que no se puede prescindir o evitar, pues si no se prueba de nada sirve, en principio, la alegación del hecho), el de **obligatoriedad** (que obliga a su cumplimiento y ejecución, dado que ante la alegación del hecho, tiene la carga de probarlo), pues todo hecho alegado y discutido debe necesariamente ser probado, de suerte que trasciende el campo de la simple necesidad para constituirse en el deber ser de las partes, quienes transitan dentro del proceso con el fin único y esencial de hacer valer su pretensión, para que la sentencia le sea favorable; para lo cual el juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados (artículo 12, CPC).

De manera metafórica el *tema de la prueba* será la necesidad, las energías y las ganas que a juicio del promovente determinan lo que éste quiere o desea probar, dando vida, entonces, a la actividad probatoria. El *objeto* se materializará en los distintos hechos alegados por las partes y sobre los cuales recaerá la necesidad de probar.

El tema de la prueba, según la óptica con la que se observe, puede ser principal o secundario, sea que se trate de una prueba dirigida a convencer sobre las alegaciones que recaigan en el hecho principal del proceso, o sobre afirmaciones que, si bien no influyen de forma directa en la decisión, permiten crear convicción. Por lo tanto, de ellos también puede derivar una necesidad de probar con carácter secundario.

Como se observa, el *thema probandum* difiere en su significado del objeto de la prueba, pues en este último no hay una facultad o poder de prueba; mientras que en aquél sí existe el deber de probar, pues los hechos alegados deben probarse. No obstante, para el TSJ, objeto y tema de prueba parecieran ser conceptos equivalentes, sin diferencia alguna, según así se aprecia –en posible concordancia con el artículo 506 del CPC–, cuando se afirma que el promovente de la prueba debe indicar el objeto o materia de la misma, a fin de que se conozca qué es lo que se quiere probar, pues "si no se cumple con este requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba". (Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2001, Cedel Mercado de Capitales, C.A. contra Microsoft Corporation, exp. 00-132).

Capítulo IV

¿Qué se prueba?

El objeto de la prueba Judicial responde a la interrogante: *¿qué se prueba?* Según el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, "Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho... Los hechos notorios no son objeto de prueba". Sin embargo, al respecto existen distinciones. ¿Se prueban sólo los hechos? ¿La prueba es de las afirmaciones? ¿Son los hechos y las afirmaciones? Parte de la doctrina afirma que el objeto de la prueba es el hecho, sobre el cual recaerá el estudio enfocado a verificar su veracidad o falsedad. Entre los partidarios de este criterio encontramos a Alsina, quien afirma que los hechos alegados, como fundamento del derecho que se pretende, constituyen el objeto de la prueba, que no hay derecho que no provenga de un hecho y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos[47]. Son del mismo criterio, como ya observamos, Taruffo, Joan Picó I Junoy, Lessona, Liebman, Guasp, Micheli, así como Couture, Muñoz Sabaté, Devis Echandía, entre otros.

---

[47] *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* tomo III, p. 239.

Para Carnelutti, la prueba es la "comprobación de la verdad de una proposición afirmada"[48]. Según Sentís Melendo, los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son las *afirmaciones,* que podrán referirse a hechos. La parte –siempre la parte; no el juez– formula afirmaciones; no viene a traerle al juez sus dudas sino su seguridad –real o ficticia– sobre lo que sabe; no viene a pedirle al juez que averigüe sino a decirle lo que ella ha averiguado; para que el juez constate, compruebe, verifique (ésta es la expresión exacta) si esas afirmaciones coinciden con la realidad. Cuando el juez cumple una misión diferente de la de verificar, entonces es que no está juzgando[49]; no obstante que aun cuando los hechos existen, si los mismos no aparecen demostrados en el proceso, continuarán existiendo de alguna manera, pero en una zona de penumbra para el propio juez, ante quien fueron alegados, pero no fueron probados. Rengel-Romberg considera que cuando se trata del objeto de la prueba, éste no puede consistir sino en la afirmación, o alegación de los hechos en que se fundamenta la pretensión, como lo exige para la demanda el artículo 340, ordinal 5º del Código de Procedimiento Civil[50].

Parece ser que los hechos no pueden ser apreciados, sostiene Enrique Falcón. En realidad, dice, lo que vemos son objetos y en ellos apreciamos modificaciones de forma o de lugar. De modo que el movimiento o la modificación de un objeto da lugar a la producción de un fenómeno del que no podemos darnos cuenta, sino por sus resultados, por sus efectos. A las causas de esos resultados las llamamos "hechos". No apreciamos los hechos, sino sus consecuencia, la modificación de los objetos, aunque sucedan momento a momento. Esto tiene que ver con la existencia del presente... De allí podemos colegir que la concepción que propugna que la prueba judicial debe versar sobre hechos y cosas participa de alguna manera de esta idea... ¿Existen realmente los hechos, o sólo constituyen una serie de sistemas mentales que sirven para entender la realidad?... Como los hechos son invisibles a nuestros sentidos y

[48] *La Prueba Civil*, pp. 30-40.
[49] *Las Pruebas,* pp. 12 y ss., Edic. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978.
[50] *Tratado,* p. 226, Vol. III, 1991.

a nuestros instrumentos, un hecho que afecta un objeto desconocido, o que está más allá de nuestra capacidad de percepción, no es en realidad un hecho para nosotros. Por ejemplo, no podemos decir con certeza que la telepatía o la psicoquinesis existan realmente... De modo que los hechos afectan objetos como fenómenos registrables, es decir, que los llamados "hechos" son unos fenómenos que se registran en los objetos. Así, una primera observación nos permite ver que para una persona hay dos tipos de registros: la de los objetos mismos (incluyendo todas las partes físicas del cuerpo humano) y los que se producen en la mente[51].

Sin embargo, ¿pueden ser objeto de prueba los juicios que la persona tenga sobre los hechos? Sobre el particular, en la doctrina se discuten tres posiciones: i) Wach (el hecho se concibe como antítesis del juicio, especialmente del juicio jurídico) y Bennecke-Beling y Glaser, defienden la tesis según la cual se trata de cuestiones no sólo independientes, sino opuestas. La prueba solamente puede recaer sobre hechos, jamás sobre juicios; ii) Para Rosemberg, son únicamente los juicios sobre hechos el objeto y resultado de la prueba. Se trata de cuestiones separadas, pero no contrapuestas. Ambos pueden ser objeto de prueba en forma independiente; iii) Carnelutti (hay juicio, aun cuando la prueba sea directa, porque de lo que el juez percibe debe argüir si existe o no el hecho que se va a probar). Guasp (la cuestión de hecho corresponde a lo que existe en la realidad). Croce (percibir el hecho equivale a pensarlo y juzgarlo). Florián (la percepción del hecho no está separada del juicio, si no que la matiza, la define y la individualiza). Stein (la información que de hechos acaecidos suministre otro a quien no asistió al desarrollo de los mismos, nunca puede separarse, o al menos frecuentemente, no puede separarse de un juicio acerca de ellos). Schöenke (varios hechos independientes que formen un concepto, pueden ser objeto de prueba, si el juicio que ha de hacerse para ello es de gran simplicidad). Bentham (quien repite lo visto, generalmente pone de su parte un juicio) y Stuart Mill (sería absurdo decir que jamás se mezclan, tanto en nues-

[51] *Ob. Cit.* Vol. 1, pp. 82 y ss.

tras observaciones como en el enunciado de sus resultados, las inferencias con los hechos). Como se observa, para esta posición es imposible separar el hecho del juicio que sobre el mismo se tenga. Son dos nociones interdependientes y complementarias del objeto de la prueba.

En la doctrina se critican las dos primeras tesis, al considerarlas erróneas, aun cuando la segunda se aproxima a la realidad, al considerar que además de los hechos existen los juicios sobre ellos. Su error está en presumir que los últimos pueden ser objeto de prueba, como entes separados de tales hechos; considerando correcta la tercera tendencia, que estima al juicio inseparable del hecho sobre el cual recae, pero sin que por esto deje de ser el segundo el objeto de la prueba[52].

El Juez comprueba lo que la parte afirma. Es por ello que el objeto de la prueba variará según la óptica desde la cual se le observe, por lo que para las partes, *estrictu sensu*, el objeto de la prueba sentará sus bases en las *afirmaciones* contenidas tanto en la demanda como en la contestación de la misma, y esas afirmaciones por lo general hacen alusión a hechos, ya se refieran a circunstancias producidas por la naturaleza como por acción del ser humano, como los psíquicos, atinentes, por ejemplo, el dolo, culpa, actos de voluntad, entre otros. A la parte corresponde probar sus afirmaciones, lo que significa la prueba de los hechos afirmados. En cambio, para el juez el objeto de la prueba lo constituyen siempre los hechos sobre los cuales recaen las afirmaciones de las partes. Se prueba, entonces, la "veracidad" de las afirmaciones que recaen sobre hechos. "La veracidad" de los hechos conduce a demostrar que los mismos existen en una realidad concreta, determinada. Se trata de la realidad tangible que fue afirmada por la parte, y que el juez logra captar o constatar a través de cualesquiera de los sentidos, pues puede ocurrir que los hechos afirmados no existan. Su sola afirmación del hecho no puede conducir a la admisión de su existencia.

[52] Devis Echandía, *Ob. Cit.*, p. 171.

Las afirmaciones son los alegatos que realiza el demandante en la demanda y el demandado en la contestación, las cuales recaen sobre hechos que el juzgador debe considerar, conforme a lo alegado y probado en autos, a los fines de sentenciar mediante un juicio de valor emanado del conocimiento de la existencia o inexistencia de los hechos sobre los cuales recayeron las afirmaciones que se tienen por verdaderas.

El objeto de la prueba no se extiende a todas aquellas afirmaciones que en general las partes hallan realizado, sino sólo sobre aquellas que guarden nexo de causalidad con las pretensiones del demandante (causa próxima *petendi*) o con las excepciones del demandado. En este sentido Kielmanovich, considera que, en un proceso de neto corte dispositivo, objeto de la prueba, por lo general, serán los *hechos jurídicos alegados como fundamento de las demandas, defensas o excepciones*, vale decir, los hechos o motivos "principales", y los hechos "simples", "secundarios" o motivos incluso no afirmados explícitamente, aunque comprendidos genéricamente en los primeros a partir de los cuales pueda argumentarse la existencia de aquéllos. En cambio, en un procedimiento inquisitivo, objeto de la prueba serán los hechos principales alegados y no alegados como tales, y por supuesto, los hechos "simples" o "secundarios"[53].

Los hechos no afirmados por las partes se encuentran excluidos a primera vista del objeto de la prueba, aunque existe la posibilidad latente de que la actividad probatoria se extienda a la comprobación de alegaciones que de forma incidental o genérica fueron realizadas, siempre que guarden estrecha relación con los hechos principales alegados.

De la expresada conceptualización de desprende que existen múltiples afirmaciones de hechos que pueden constituirse en objeto de prueba. La cantidad de hechos será tan diversa, así como son variados los fenómenos de la naturaleza y la conducta humana. Pero, no es menos cierto que no todos los hechos que sean alegados por las partes deben consti-

[53] *Ob. Cit.*, p. 32.

tuirse en objeto de prueba, pues como observaremos, los hechos irrelevantes e impertinentes serán desechados, de suerte que, sólo los hechos que *revistan interés* para la resolución de la controversia serán materia u objeto de prueba.

Los hechos que motivan la vida del proceso *(tema de la prueba)* y sobre los cuales puede recaer la actividad probatoria (objeto de la prueba), deberán ser reproducidos o traídos al proceso de forma idónea. Es en este punto cuando los hechos convergen como una necesidad que requiere ser constatada. Pero si bien debe reflejarse en el procedimiento la imagen exacta y objetiva de esos hechos, necesariamente para ello interviene la mano del ser humano que inevitablemente imprime un toque subjetivo, aun cuando pareciere casi imperceptible; correspondiendo al juez valorar las pruebas y establecer y apreciar los hechos, al tratarse de un derecho constitucional de las partes, y un deber de la misma naturaleza que corresponde al juez de motivar las sentencias, como requisito formal de las mismas, dando los motivos de hecho y de derecho en que las fundamentan (ord. 4º artículo 243, CPC); a través del proceso lógico y jurídico que conduce al fallo.

La inacabada discusión doctrinal en torno a qué es lo que se prueba, si son los hechos o las afirmaciones, ha llevado a Sentís Melendo a afirmar que los hechos no se prueban, los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a hechos[54]. Para Friedrich Stein, el objeto de la prueba son los hechos y no su afirmación, lo cierto es que el juez sólo se enfrenta directamente con los hechos en la inspección ocular. En todos los demás casos se le presentan como afirmaciones de las partes, como manifestaciones del fiscal o del acusado, como declaraciones de terceros (testimonio), siempre y en todos los casos como el juicio de un hombre sobre los hechos, que sólo constituyen el objeto de la actividad investigadora y decisoria del juez en cuanto entran a formar parte de su existencia[55].

[54] *Ob. Cit.*, p. 12.
[55] *Conocimiento Privado del Juez,* p. 13, Universidad de Navarra, Pamplona, 1973

Es plausible que no exista acuerdo unánime en la doctrina sobre qué es lo que realmente constituye el objeto de la prueba judicial. Se continuará durante mucho tiempo, no a perpetuidad, el sentido lógico de la contradicción y la polémica, del raciocinio y la argumentación; por lo cual y con fundamento en nuestra realidad concreta, sin que constituya conformidad alguna, nos remitimos a la afirmación citada al comienzo, de nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 507, "Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho...". Efectivamente, afirma Parra Quijano, los hechos pueden ser afirmados o negados, pero de todas maneras lo que se prueba son los hechos y no las afirmaciones, ya que éstas son simplemente manifestaciones[56].

1. LOS HECHOS COMO OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL

Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, establece el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. De allí que cuando se afirma que el objeto de la prueba judicial son los hechos, o las afirmaciones de hecho, en cuanto todo aquello que puede ser captado a través de cualesquiera de los sentidos; se trata de los hechos afirmados en la demanda o en la contestación de la misma, pero no requieren ser probados, entre otros, los hechos no alegados, los admitidos, los presumidos por la ley, los prohibidos, los notorios. Por eso, los hechos extraños al proceso concreto de que se trate, no son objeto de prueba, por lo cual resulta impertinente la misma.

Al respecto, la Ley española de Enjuiciamiento Civil (07-01-00), en relación con el objeto y necesidad de la prueba, en el artículo 281 estatuye lo siguiente: "Objeto y necesidad de la prueba. 1.- La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. 2.- También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho ex-

[56] *Manual de Derecho Probatorio,* p. 118, Edic. Librería del Profesional, Bogotá, 2002.

tranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. 3.- Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes. 4.- No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general".

Sólo la persona humana puede percibir los hechos por haberlos oído, visto o captado por sus sentidos. Sólo a través de los sentidos puede captarse el conocimiento de los hechos, es decir, se trata de un conocimiento personal por medio de sus facultades sensoriales. Con sobrada razón, el "conocimiento" es el resultado de la relación entre un sujeto cognoscente y un objeto inteligente (apto para ser conocido).

Kant introdujo la novedad de sostener que el conocimiento no es una recepción pasiva, sino, por el contrario, una operación activa del sujeto sobre los datos que le llegan del exterior. Según él, el conocimiento consta de dos tipos de ingredientes: la forma, que es un elemento activo, puesto por el sujeto, consistente en criterios ordenadores; y la materia, es decir, los datos sensoriales.

Mas, sin embargo, el conocimiento no puede nacer de un hombre aislado de la "experiencia social", concentrado en su propia mente sin un contacto y una búsqueda hacia lo trascendente, movido por actuaciones pasadas, presentes y por venir. Al fin y al cabo los hechos de que tenga conocimiento, surgen de una realidad observada personal y directamente, a través de los sentidos. Son una verdad conocida que se pretende aparezca en las actas del proceso. ¿De quién es ese conocimiento personal? De la "persona humana", sólo de la "persona humana", directamente adquirido por la "persona humana", como ser encarnado, histórico, temporalizado, situado, circunstanciado, comprometido, que tiene un fin trascendente hacia lo Eterno[57].

[57] Gilberto Guerrero-Quintero, *Posiciones Juradas,* 3ª Edic., pp. 46 y ss., UCAB, Caracas, 2002.

Rosemberg considera que por hechos se entiende todo lo que pertenece a la tipicidad de los preceptos jurídicos aplicables y forma la proposición menor del silogismo judicial; por lo cual se entiende por hechos: a) Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que san perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga; b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana; c) las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sea o no producto del hombre, incluyendo los documentos; d) la persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc.; e) los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento tácito o la conformidad[58]. Pudiéramos decir que, como comenta Enrique Falcón, la manera de introducirnos en los hechos no es la misma en el derecho (y especialmente en el proceso) que en las demás ciencias. Cierto es que en la quietud absoluta de un momento fijo, a igual que toda la eternidad, no hay modificación, ni pasado, ni presente ni fututo y, por tanto, no hay hechos o todos están presentes. Pero en nuestra realidad en la que nos desplazamos en el tiempo y en el espacio hacia el futuro a una velocidad aparentemente constante, bastante lenta si la comparamos con una unidad independiente como la velocidad de la luz (nuestro límite, según la teoría de Einstein) hay "hechos". Por cierto, la velocidad a la que nos movemos resulta consustancial con la noción de hecho, según a nosotros interesa[59].

1.2 *LA PRUEBA DE LOS HECHOS*

Se prueban los hechos afirmados en la demanda o en la contestación de la misma. No requieren ser probados, entre otros, los hechos admitidos, los presumidos, prohibidos por la ley, los notorios.

---

[58] *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Vol. 2, p. 209, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1955.
[59] *Ob. Cit.*, Vol. 1, pp. 83 y 84.

1.2.1 *Hechos controvertidos*

La existencia de los hechos controvertidos emerge del principio de contradicción de la prueba o audiencia bilateral, que a su vez se relaciona con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba. La parte a quien se opone la prueba tiene derecho a conocerla y criticarla o discutirla, así como a contrariarla con otra prueba.

La Jurisdicción voluntaria queda exceptuada del imperante principio de contradicción que rige en la mayoría de los procedimientos civiles. En la misma no se observa dualidad de partes, pues se trata de actuaciones ante el juez sin contención, para el cumplimiento de solemnidades exigidas por la ley, o bien para conseguir el pronunciamiento de determinadas resoluciones que los tribunales deben dictar. En los asuntos no contenciosos, "los Jueces obrarán con conocimiento de causa", y sin necesidad de las formalidades del juicio contencioso podrá exigir que se amplíe la prueba y requerir de otras que juzgue indispensables (artículo 11, CPC).

Los hechos controvertidos son aquellos que han sido invocados por las partes y sobre los cuales no hay acuerdo entre las mismas. La importancia de estos hechos queda evidenciada bajo el tenor del Código de Procedimiento Civil, en donde en el primer artículo, que da inicio a la instrucción de la causa (artículo 388), se consagra lo siguiente: "al día siguiente del vencimiento del lapso del emplazamiento para la contestación, sin haberse logrado la conciliación ni el convenimiento del demandado, quedará el juicio abierto a pruebas". De este principio se deduce que las pruebas controvertidas son las que darán vida al lapso probatorio; no dando apertura al mismo cuando el demandado haya aceptado expresamente los hechos alegados por su contraparte, dentro de los límites establecidos en la ley. En atención a ello señala Couture que la determinación de los hechos controvertidos y no controvertidos, es una función de depuración previa para saber qué hechos deben ser probados y qué hechos no deben serlo[60].

[60] *Ob. Cit.*, p. 224.

De igual forma sucede cuando las partes, en el tiempo oportuno para convenir u oponerse a las pruebas promovidas, convengan en ellas. Ello se desprende del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil en donde "Cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, *los cuales no serán objeto de prueba"*. En esta norma se deja entrever que los hechos no controvertidos no serán objeto de prueba, no por el hecho de que "no puede" recaer la prueba sobre ellos, sino que en realidad lo que sucede es que los hechos no controvertidos "no deben probarse", puesto que no existe necesidad, y al no existir ésta, de ser probado se atentaría contra el principio de la celeridad procesal. Como se observa, en los hechos controvertidos el objeto de la prueba y el tema o la necesidad de la misma tienen estrecha relación, creando entre ellos un nexo inseparable.

1.2.2 *Hechos controvertidos determinantes en la carga de la prueba*

Para uno de los más connotados tratadistas sobre la carga de la prueba, como es Leo Rosemberg, en un procedimiento basado en la *máxima dispositiva* (el tribunal no deberá tomar en consideración hechos no aducidos por las partes), las partes no sólo tienen que probar los hechos necesarios para la decisión sino que también deben introducirlos en el proceso mediante su afirmación, convirtiéndolos de este modo en fundamento de la sentencia[61]. Y siendo el objeto de la prueba para las partes las afirmaciones positivas o negativas que recaen sobre hechos, en la doctrina se hace distinción entre hechos constitutivos, impeditivos y extintivos.

Chiovenda distingue los *hechos jurídicos* de los *hechos simples o motivos*. Los primeros son los hechos de los cuales deriva la existencia, modificación o cesación de una voluntad concreta de ley. Los segundos tienen importancia para el derecho sólo en cuanto pueden servir para probar la existencia de un hecho jurídico.

---

[61] *La Carga de la Prueba,* p. 61, 2ª edic., Buenos Aires, 2002.

Los hechos jurídicos comprenden tres categorías: 1º.- *Hechos constitutivos:* son los que dan vida a una voluntad concreta de la ley, o a la expectación de un bien. Ejemplo, un préstamo, una sucesión. Están en esta categoría los hechos constitutivos del interés en obrar. 2º.- *Hechos extintivos:* son los que hacen cesar la voluntad concreta de la ley, y la consiguiente expectación de un bien. Por ejemplo: pago, remisión de la deuda, pérdida de la cosa debida. Estos hechos extintivos pueden estar ínsitos en el derecho o sobrevenir al mismo. Si por ejemplo, un derecho es otorgado por cierto término, su vencimiento opera como hecho extintivo connatural al derecho. Pero puede sobrevenir un hecho nuevo reforzando el hecho constitutivo, por ejemplo, la interrupción del término. 3º.- *Hechos impeditivos:* es una categoría intermedia de hechos jurídicos, que se funda en la relación en que se encuentran entre sí las varias circunstancias que se requieren para que nazca un derecho[62]. Por ejemplo, la simulación es un hecho impeditivo del contrato, o la causa ilícita, o el comprador de mala fe de cosa ajena. En estos casos, la simulación, la ilicitud, la mala fe, funcionan como hechos impeditivos del derecho que son en resumen todas las circunstancias que quitan al hecho la facultad de desplegar el efecto que le es normal y que constituye su razón de ser.

En todo caso conviene recordar, agrega Chiovenda, que tanto la presencia de los hechos constitutivos como la ausencia de los impeditivos es igualmente necesaria para la existencia del derecho. El poner, pues, una circunstancia en los hechos constitutivos o la circunstancia opuesta en los impeditivos tiene enorme importancia práctica con respecto a la repartición de la carga de afirmar y de la carga de probar, puesto que los hechos constitutivos deben ser probados por el actor y los impeditivos por el demandado.

En el caso, por ejemplo, de los hechos constitutivos, tenemos el principio según el cual pueden contratar todas las personas que no estuvieren declaradas incapaces por la ley (artículo 1.143, CC); mientras que, como

[62] *Derecho Procesal Civil*, Vol. 1, pp. 328 y 329, Instituto Editorial Reus.

excepción, son incapaces de contratar en los casos expresados por la ley: los menores, los entredichos, los inhabilitados y cualquiera otra persona a quien la ley le niega la facultad de celebrar determinados contratos (artículo 1.144 *eiusdem)*. De sendos principios se obtiene que para la validez del contrato es necesaria la capacidad de los contratantes, en cuyo caso el hecho constitutivo está formado por la conclusión del contrato, es decir, el hecho concreto del cual deviene el efecto jurídico, que al decir de Liebman, despojado de todos los requisitos de carácter general que son dados por las circunstancias concomitantes, que normalmente se acompañan a aquel efecto querido, no pueden, sin embargo, considerarse como causa directa del efecto indicado; de donde se puede apreciar que la incapacidad para celebrar determinados contratos impide que el contrato celebrado por el incapaz produzca efecto. Por eso, quien pida la ejecución de una obligación debe probarla (artículo 1.354, CC); mientras que las partes tiene la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho (artículo 506 CPC). Por lo general se afirma que es el actor quien debe probar los hechos constitutivos, que son el fundamento de su demanda; pero como se aprecia, estos enunciados legales son los que labran el destino de la carga probatoria de los hechos constitutivos, por lo que no es aceptable que sólo a la parte actora corresponda probar (*actori incumbit probatio*), pues sin importar la posición de la parte, *quien alegue un hecho debe de probarlo.*

Los hechos impeditivos, afirma Rengel-Romberg, son aquellos que privan a otro de desarrollar el efecto que le es normal (simulación, ilicitud de la causa, mala fe, etc.); esto es, aquellos que constituyen el presupuesto de una norma impeditiva del derecho[63]. Así tenemos, siguiendo los ejemplos antes comentados para el caso de los hechos constitutivos, en relación con los artículos 1.143 y 1.144 del Código Civil, la incapacidad para celebrar determinados contratos impide que el contrato celebrado por el incapaz produzca efecto. Lo normal es que el contrato celebrado produzca el efecto deseado por las partes. Asimismo, la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún

[63] *Ob. Cit.*, Vol. III, p. 282.

efecto (artículo 1.157 *eiusdem*). De modo que en los casos antes indicados, tanto la incapacidad, como la obligación sin causa o fundada en una causa falsa o ilícita, constituyen hechos impeditivos para que el contrato celebrado o la obligación asumida, puedan producir efecto. Por eso, en principio, la carga de la prueba corresponde a quien afirme la existencia del hecho impeditivo (el demandado), a menos que el juez deba apreciarlo o juzgarlo de oficio, porque ese hecho impeditivo sea contrario al orden público, a una disposición expresa de la ley, o atente contra la moral o las buenas costumbres. Al demandado corresponde probar los hechos impeditivos. Para Rosemberg, el demandante debe mostrar los hechos que fundan el derecho, y el demandado los hechos impeditivos, destructivos o excluyentes, mientras que debería decirse que el demandante tiene que afirmar y probar los presupuestos de las normas fundadoras del derecho y el demandado los presupuestos de las normas impeditivas, destructivas o excluyentes[64].

Los hechos extintivos son aquellos que ponen fin a los hechos constitutivos y, en consecuencia, dan por terminado el derecho en el cual recaía la facultad de fundar las pretensiones. La carga de la puebla en estos hechos corresponde a la persona que pretenda ampararse en ellos, pues quien pretenda que ha sido liberado de una obligación (hecho constitutivo) debe robar el pago o el hecho que ha producido su extinción (novación, la remisión de la deuda, la compensación, la confusión, pérdida de la cosa debida, prescripción como medio de liberarse de una obligación). Por eso, corresponde al demandado probar los hechos destructivos o excluyentes que permiten enervar los efectos de la demanda del actor.

Con Rosemberg podemos resumir el punto en comentario, relativo a los tres tipos de hechos observados, pues según él nos encontramos regularmente con la opinión de que el demandante debe mostrar los hechos que fundan el derecho y el demandado los hechos impeditivos, destructivos o excluyentes, mientras que debería decirse que el demandante tiene que afirmar y probar los presupuestos de las normas fundadoras

[64] *La Carga de la Prueba,* 2ª edic., p. 133, Buenos Aires 2002.

del derecho y el demandado los presupuestos de las normas impeditivas, destructivas o excluyentes[65].

1.3 *¿LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL O INDICIARIA, CONJETURAL O DE RACIOCINIO, ES OBJETO DE PRUEBA?*

Los indicios son toda huella, rastro, vestigio, signo, marca o circunstancia, es decir, todo hecho conocido (comprobado), que puede conducirnos, por medio de deducción o razonamiento, al conocimiento de otro hecho que no conocemos; pues, por ejemplo, si nos encontramos con una edificación destruida, este hecho (conocido) viene a ser un indicio demostrativo de la existencia y acción del ser humano, pues tal dato o vestigio, mediante deducción lógica, muestra que eso es obra humana. Es por eso, como apunta Juvenal Salcedo Cárdenas, que el indicio es una prueba indirecta, a partir del cual se estructura, con certeza, una *presunción hominis*[66], pues como sostiene Dellepiane, en la inferencia indiciaria se va de la ley o de las leyes al caso: el camino seguido es precisamente el inverso de la inducción, se trata entonces de una deducción; dado que ésta concluye de la ley al caso, de lo general a lo particular. Pero no sería tampoco exacto decir que la inferencia indiciaria es siempre una deducción rigurosa. En la mayor parte de los casos ella es sólo una inferencia analógica, puesto que consiste en una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa; y tiempo hubo en que se desconoció la importancia de la prueba indiciaria y en que se la consideraba como un atributo semidivino, como la más grande expresión de la sabiduría (juicio salomónico). Relegada, en lejanas épocas, a un papel sumamente secundario, colocábasela al nivel de las pruebas naturales imperfectas, como ser deposición de un testigo, confesión extrajudicial, etc. Desde entonces hasta nuestros días la prueba indiciaria ha recorrido un largo trayecto durante el cual su importancia ha ido creciendo cada vez más, así en la doctrina como en la legislación. Su papel tiende a hacerse cada vez más considerable, en razón de los descubrimientos

[65] *Ob. Cit.*, p. 133.
[66] *Los Indicios son Prueba,* tesis de ascenso, p. 36, UCV.

científicos. Ese prestigio se acrecienta por doble motivo: no sólo por el mayor crédito acordado a los indicios, sino por la desconfianza que comienzan a inspirar pruebas antes estimadas en alto grado, como la testimonial y la literal. Los progresos realizados por la ciencia, que han acrecido el viejo arsenal de los indicios, haciendo conocer otros nuevos y antes no sospechados (dactilogramas, caracterización de las manchas de sangre humana, etc.) y dándonos un conocimiento más completo de las leyes sicológicas y naturales, han traído como consecuencia elevar a la prueba indiciaria en la escala de las pruebas, presintiéndose desde ya el día en que llegará a ocupar en ella un puesto preeminente y en que se convertirá en la prueba por excelencia, en la reina de las pruebas (*probatio probatissima,* como se ha dicho de la confesión)[67].

La distinción, según Fenech, entre ambas instituciones –indicios y presunciones– no ha sido suficientemente aclarada por la doctrina[68]. Sin embargo, algunos autores han realizado sus mayores esfuerzos por diferenciarlas. Los indicios y las presunciones, aunque estén enfocadas teleológicamente al esclarecimiento de hechos desconocidos, sus naturalezas no son análogas. Por eso, para Gorphe, el término presunción es más jurídico y el de indicio más científico. En cambio, para Carnelutti los indicios pertenecen a la dogmática del Derecho Procesal Penal y las presunciones a las de Derecho Civil, afirmando que los distintos sustantivos –indicios o presunciones– atienden a la falta de contacto que naturalmente existe entre las distintas ramas del derecho.

El indicio, para Cabanellas, es la acción o señal que da a conocer lo oculto, conjetura derivada de la constancia de un hecho. Sospecha que un hecho conocido permite sobre un hecho desconocido, rastro, vestigio, huella[69]. Según Rosemberg, los indicios son una prueba indirecta, y el Juez para su consideración debe formar el fundamento de la conclusión; por eso el indicio es objeto de prueba como los hechos directamente importantes y se demuestra mediante medios de prueba; pero el mismo

[67] *Ob. Cit.*, p. pp. 55 y ss.
[68] *Derecho Procesal,* p. 207.
[69] *Diccionario de Derecho Usual*, t. 2, p. 366.

no es medio de prueba[70]; no obstante, para Couture los indicios **son medios de pruebas**, al igual que las presunciones[71]. En cambio, para nuestra Ley Orgánica Procesal del Trabajo, tanto los indicios como las presunciones son **auxilios probatorios** establecidos por la ley o sumidos por el juez, para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando o complementando el valor alcance de éstos, es decir, que no son pruebas, ni medios de pruebas, sino auxilios (ayuda) para que los medios de prueba obtengan su finalidad. Allí el indicio, como la presunción, depende de la presencia del medio de prueba, sin el cual no tiene existencia presencial, como así puede percibirse del contenido de los artículos 116 y 117 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Es interesante observar la posición que ocupan los indicios dentro del Código Procesal Civil venezolano, puesto que se encuentran en el Capítulo X (del Título II, Libro Segundo), referente a "De la carga y apreciación de la prueba", quedando afianzado que prueba indiciaria es una operación lógica, derivada del pensamiento deductivo de los jueces, quienes "apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre sí, y en relación con las demás pruebas de autos" (artículo 510 CPC). Por lo que se deduce que los indicios se encuentran más acorde dentro del campo de los medios de prueba.

La Sala de Casación Civil en sentencia del 28 de mayo de 1991 afirmó que: "La razón o el fundamento del valor probatorio de los indicios radica en su aptitud para que el Juez infiera lógicamente de ellos el hecho desconocido que investiga... Este poder del Juez en materia de indicios, se fundamenta, por su parte, en la lógica apoyada en la experiencia humana y en los conocimientos técnicos o científicos especializados, según sean indicios ordinarios o técnicos; en el primer caso, se trata de esas máximas o reglas generales de la experiencia, que le sirven al Juez para la valoración de las pruebas; y en el segundo caso, también aplicará las máximas de experiencia, pero unidas al conocimiento especial

[70] *Derecho Procesal,* p. 207.
[71] *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, p. 253.

que le han suministrado los expertos, para obtener con la ayuda de la lógica su conclusión acerca de si de aquéllos se induce o deduce el hecho por verificar" (exp. 90-441). Y más reciente, su decisión de fecha 5 de febrero de 2002 (exp. 99-034), afirma que los jueces son soberanos en la apreciación de esa prueba, y que el juzgador debe guiarse por ciertos principios jurídicos, para que su apreciación no sea censurable en Casación por contraria a derecho o violatoria de ley expresa; siendo, por tanto, tres los principios: a) que el hecho considerado como indicio esté comprobado; b) que esa comprobación conste en autos; y, c) que no debe atribuirse valor probatorio a un solo indicio (*Vid. CFC. Memoria* 1946, Vol. II, pp. 107 y 285).

1.4 *¿LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA SON OBJETO DE PRUEBA?*

Friedrich Stein ha conceptuado las máximas de la experiencia así: "Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos";[72] de donde se deduce que las reglas de la experiencia, al ser juicios hipotéticos de contenido general, constituyen una suposición (imaginación) de un hecho o cosa posible o imposible para obtener una consecuencia.

Esa suposición se desliga de los hechos que se juzgan en la causa (no son hechos, no forman el hecho, no lo integran o constituyen), obtenida (la suposición) de la experiencia adquirida de la vida de la naturaleza y del hombre mismo, y que se deducen de la observación de los hechos que se pretenden probar. No son pruebas. Son inferencias del juzgador, aunque no de su libre arbitrio, pues deben corresponder a lo que se deriva lógicamente de la experiencia común, pues el juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en esa experiencia. Constituyen juicios o criterios de carácter abstracto y general,

[72] *El Conocimiento Privado del Juez*, p. 30, Universidad de Navarra, España 1973.

que pueden ser aplicados y que no tienen naturaleza jurídica, sino técnica, ética, científica, artística y otras; no obstante que tienen especial relevancia para la aplicación de normas de derecho o jurídicas. En consecuencia, ¿las máximas de experiencia son objeto de prueba judicial?

Existe contradicción en la doctrina. Para unos los principios o reglas de la experiencia pueden ser objeto autónomo de la prueba judicial. Para otros ello no es posible.

Quienes participan del criterio según el cual las reglas de experiencia no pueden ser objeto autónomo de la prueba judicial, afirman que las mismas sirven para orientar el criterio de juzgador, de modo directo cuando son de conocimiento general, o indirectamente a través de las explicaciones de los peritos; y permiten al juez rechazar la confesión de la parte o las afirmaciones del testigo, lo relatado en un documento, así como las conclusiones que se quieran obtener de los indicios, cuando constaten haber contradicción con las mismas, por conocerlas y sean comunes, o en razón de que las suministre el experto, pues según la Sala de Casación Social del TSJ, las máximas de experiencia no precisan ser probadas por ser un conocimiento común de lo que generalmente acontece, y por tanto el juez tiene la facultad de integrarlas, al ser parte de la experiencia de vida, a las normas jurídicas adecuadas para resolver la controversia (*Vid.* sentencia de fecha 25-10-00, citada en la del 09-08-01, exp. 01-285); en tanto que, para la misma Sala, las máximas de experiencia no son pruebas que en el sentido tradicional puedan considerarse o analizarse como existentes o no en los autos. Son inferencias del juzgador, aunque no de su libre arbitrio, pues deben corresponder a lo que se deriva lógicamente de la experiencia común, como dispone el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que le permiten establecer determinados hechos, aunque en el expediente como tal no haya alguna prueba particular al respecto (sentencia de fecha 18-10-01, exp. 01-219-287).

1.5 *¿LA COSTUMBRE PUEDE SER OBJETO DE PRUEBA?*

La costumbre es el hábito, modo habitual de obrar o proceder, establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede

llegar a adquirir fuerza de precepto[73]. O, un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *ius moribus constitutum*[74].

Trátese de ser un "hábito", en cuanto manera especial de actuar que se adquiere por la repetición de actos iguales o semejantes, u originado por tendencias instintivas; o un "uso" como manera de obrar de una persona o varias; la noción contiene la integración de sus elementos fundamentales como son: el *material* y el *psicológico*. El primero consiste en el uso, hábito o la repetición de un hecho, y para que su uso o hábito pueda convertirse en norma jurídica, requiere que el mismo sea *general* (que se repita o practique por todos de la misma manera en localidades o sectores determinados; que sea *uniforme* (el hecho con la misma forma, conforme, semejante o parecido) y *constante* (hecho persistente, durable, reiterado). La generalidad no es una afirmación absoluta, pues no se trata de la totalidad comprensiva de todo el país donde el hecho ocurre. Así, en determinada localidad o región sus habitantes llevan las cuentas en sus relaciones de deudores y acreedor de la misma manera, simplemente anotándolas en un cuaderno o libreta, como un uso o hábito adquirido y aceptado. El segundo, se refiere al convencimiento de la obligatoriedad jurídica de esa práctica, de modo que al realizar la anotación en aquel cuaderno o libreta, el deudor sabe que adquiere una obligación, aun cuando su firma allí no aparezca. El tercer elemento se refiere a que ese hábito o uso sea reiterado o repetido de modo constante, no transitorio u ocasional; que siempre se repita, como hecho aceptado y obligatorio.

La costumbre, como afirma Enrique Véscovi, es una importante fuente material del Derecho, en cuanto proporciona al legislador normas que éste a menudo emplea. En este sentido la función de la costumbre es muy importante, inclusive en nuestra época, porque ella traduce la realidad social, distinta según los lugares y las varias etapas históricas, elemento fundamental para la creación y aplicación del Derecho[75].

---

[73] Dic. Esencial de la Real Academia Española.
[74] Du Pasquier, citado por García Maynez en su *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 61.
[75] *Introducción al Derecho*, p. 97, Edit. B. de F., Buenos Aires, 2001.

Nuestro legislador la toma en cuenta en algunas especiales circunstancias, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las reparaciones menores o locativas a cargo del arrendatario, que para su realización se estará a la costumbre del lugar (artículo 1.612, CC). Lo mismo puede decirse cuando se trata del contrato de obras, en el que no se fijó el precio de las mismas, se presume que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obras (artículo 1.632, CC). Según el artículo 9º del Código de Comercio, las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los Jueces de Comercio. Como se observa, la costumbre está formada por hechos. Por tanto, ¿puede ser objeto de prueba judicial?

Existen distintos criterios en torno a si la costumbre debe o no ser probada. Para la doctrina francesa, la costumbre se prueba porque la misma está formada por hechos. Para otros (Carnelutti, Rosemberg), la costumbre forma parte del derecho y las partes no tienen por qué alegarla. El juez debe conocerla (*iura novit curia*) y buscarla. La Ley española de Enjuiciamiento Civil, en relación con el objeto y necesidad de la prueba, en el artículo 281, al referirse al objeto y necesidad de la prueba, contempla que también será objeto de prueba la costumbre, y que ésta no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. La Sala de Casación Civil del Máximo Tribunal en sentencia de fecha 26 de julio de 1984 (caso: J. Gómez contra VIN-CAR-MAR, S.R.L.) tuvo ocasión de afirmar que la costumbre es un hecho y debe ser probada. Es que, como sostiene Juan Carlos Hitters, la infracción de las normas consuetudinarias podría ser controlada en casación y por ende –por vía de principio– la violación, y la falsa o errónea aplicación de las mismas, pueden ser motivo para la habilitación de la vía extraordinaria. Claro está, que si bien genéricamente pueden ser consideradas como "normas de derecho", no cabe duda que hay una gran diferencia entre ellas y la ley; y de ahí entonces que la costumbre debe ser alegada y probada por

las partes en el proceso, sin perjuicio de que el juez pueda hacerla valer de oficio, si lo considera oportuno[76].

1.6 *HECHOS CONTRARIOS A LA MORAL Y LAS BUENAS COSTUMBRES*

Por lo general no se admite ni aprecia la prueba contraria a la moral y las buenas costumbres. Sin embargo, en la doctrina se admite la prueba de hechos inmorales en determinados casos o circunstancias (indecentes, desvergonzados, deshonestos, contrarios a las buenas costumbres, de deshonra, sin escrúpulos, desaprensivo, indecente, indecoroso, licencioso, obsceno, procaz, relajado, sucio, corrupto) en determinados casos o circunstancias; como por ejemplo: i) Para probar los hechos alegados en la demanda de divorcio, tratándose del ordinal 1º del artículo 185 del Código Civil (el adulterio: la unión sexual voluntaria entre una persona casada y otra que no es su cónyuge). Sin embargo, el adulterio tiene tal gravedad que los jueces no pueden admitirlo si no existe una prueba inequívoca, que haga nacer la certeza moral de su existencia; o los del ordinal 3º *eiusdem* (excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común); así como del ordinal 4º *ibídem* (el conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución); y, ii) Cuando la intención de la prueba no sea inmoral, pues como expresa Pierre Tapia, la prueba será inmoral cuando persigue fines inmorales, como sucede cuando se utiliza para vejar a la parte contraria, para injuriar, etc., pero no será inmoral si siendo necesaria para dilucidar la litis se realicen o repitan actos inmorales, tal como sucedería cuando se le pide a un testigo que repita las palabras y señas obscenas materia del juicio. Pero esta necesidad tiene un límite que le impone el respeto a la dignidad de la persona humana[77].

---

[76] *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*, pp. 377 y 378, 2ª edic., Librería Editorial Platense, Argentina 1998.

[77] *La Prueba en el Proceso Venezolano*, Vol. 1, p. 145, Edit. Arte, Caracas, 1973.

CAPÍTULO V

HECHOS QUE NO SE PRUEBAN

1. HECHO NO ALEGADO

En el proceso civil las partes sólo están obligadas a probar sus respectivas afirmaciones de hecho, que sirven de fundamento a la pretensión y por eso, los hechos no alegados quedan excluidos del debate probatorio y el juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados.

2. HECHO ADMITIDO

El hecho admitido es también denominado hecho no controvertido y el mismo consiste en el hecho alegado por una parte y admitido por la otra. El hecho admitido ni necesita ser probado, ni la Ley admite el intento de ser probado, pues con fundamento en el principio de aportación de parte, éstas fijarán los hechos. Sin embargo, existe el hecho afirmado por una de las partes y admitido por la otra, o por ambas, y la admisión del

hecho a través de la confesión judicial o posiciones juradas[78]; por lo cual es importante establecer algunas diferencias: (i) *En orden a su origen.* La admisión del hecho es una actividad totalmente espontánea de la parte y lo realiza de forma libre; mientras que la confesión judicial no es libre ni espontánea sino provocada, pues se trata de un medio de prueba que propone la parte contraria. (ii) *En razón al momento en que se producen.* La admisión de los hechos se produce después de afirmados los mismos, por un motivo o causa establecida en la ley (por ejemplo, no impugnar el hecho afirmado como en el caso del artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, cuando el silencio a que esa norma procesal se refiere; o aceptar expresamente el hecho que se afirma). En cambio, la confesión provocada se produce en el momento de la realización de la prueba (ej: aceptando el hecho de modo expreso o no acudiendo al acto de realización de la prueba. En tales casos, por ejemplo, que exista capacidad para obrar y se trate de materia disponible). (iii) *En atención al juramento y cumplimiento de requisitos.* En la admisión de hechos no se exige ni juramento ni requisitos especiales para su realización, salvo en este último caso que haya inaptitud para aceptar o se trate de materia indisponible. La confesión provocada requiere se realice siempre bajo juramento (art. 403, CPC). (iv) *Por su valoración.* Los hechos admitidos no son objeto de valoración. En cambio, la prueba de confesión sí será valorada por el juez.

Por eso, los hechos admitidos por las partes escapan de la esfera contradictoria en los procedimientos contencioso civiles, por lo que en atención al principio de celeridad procesal, no necesitan ser probados, pues estaría probándose hechos sobre los cuales recaen afirmaciones admitidas expresa o tácitamente, o bien alegadas en comunidad por las partes. Los hechos admitidos deben constituir para el juez la veracidad sobre las afirmaciones que le otorgan carácter de existencia al hecho; por lo que entendidos como ciertos los hechos admitidos, no se abrirá el lapso probatorio cuando expresamente han sido aceptados por la parte

[78] *Vid.* nuestras Posiciones Juradas (Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales), 3ª edic., Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, 2002.

demandada, pues como expresa el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, los hechos sobre los cuales están de acuerdo las partes "no serán objeto de prueba", pues es la ley la que le concede ese valor (*non bis in ídem*). Sin embargo, en los casos en los cuales está interesado el orden público, el hecho debe probarse, como ocurre en el juicio de divorcio, en donde, como afirma Arazi, la admisión del hecho constituye un medio probatorio que el juez considerará en la sentencia junto con las demás pruebas producidas[79].

La regla general es, que si el demandado admite clara y positivamente los términos de la demanda, el juicio ha terminado, debiéndose dictar sentencia en su contra sin necesidad de otra prueba ni trámite, pues obligan al juzgador a considerarlos probados, salvo que la ley requiera de otro medio conducente a la prueba, o que la parte que los admite no pueda legalmente confesarlos, o que esa admisión sea producto de fraude, o en el caso de que esos hechos sean contrarios a alguna expresa disposición de la ley, atenten contra el orden público o las buenas costumbres.

En efecto, para que se materialice la confesión ficta no sólo se requiere que el demandado no diere contestación a la demanda dentro de los plazos indicados en la ley, sino que además no sea contraria a derecho la petición del demandante y nada probare que le favorezca (artículo 362 *eiusdem*). Es así como para el demandado que no dio contestación a la demanda, el objeto de la prueba estará fundamentado no en afirmaciones que recaen en hechos, sino el hecho como tal traído a colación para desvirtuar los alegatos de su contraparte, a fin de destruir la aceptación tácita de aquéllos, siempre y cuando no incorpore hechos nuevos. Estos últimos no son más que aquellos que constituyen excepciones, que por su índole debieron plantearse en la oportunidad en que tuvo lugar el acto de contestación de la demanda. De suerte que, una vez precluido el plazo para realizarla, no se podrán admitir la alegación de hechos nuevos (*nova producta*), ni la contestación a la demanda, ni la reconvención, ni las citas de terceros a la causa (artículo 364 *ibídem*).

[79] *Ob. Cit.*, p. 63.

O como ocurre con la causal de divorcio fundamentada en el ordinal 5º del artículo 185 del Código Civil (la condenación a presidio), aun cuando el demandado la contradiga o simplemente nada afirme en contra, si el afirmante de esa causal presenta copia auténtica de la sentencia firme de condenación a presidio, el juez declarará que no hay lugar a prueba por ser el punto de mero hecho y procederá a sentenciar la causa en el lapso legal (artículo 760 CPC). La ley, en tal caso, presume la admisión por el demandado del hecho afirmado, pues éste ya está probado.

3. HECHO IMPOSIBLE

La imposibilidad del hecho, según Devis Echandía, debe aparecer como algo notorio e indudablemente absurdo, de acuerdo con el concepto de expertos y no por los conocimientos personales del juez, a menos que pertenezcan a las reglas comunes de la experiencia. La imposibilidad puede referirse a los medios de prueba que la ley permite, a su absoluta e indudable incapacidad para establecer el hecho, pese a ser admitida comúnmente su existencia, como sucede con Dios o con el alma humana; esta clase de imposibilidad puede consistir en una absoluta prohibición legal. El juez debe obrar con suma prudencia cuando se trate de rechazar pruebas por este motivo, y en caso de dudas debe aceptarlas, ya que en la sentencia podrá calificar su mérito definitivamente[80].

La problemática del hecho imposible consistente, como afirma Antonio Dellepiane, en determinar la existencia de un hecho, pasado o actual, plantea otro problema previo: el de la posibilidad o imposibilidad de dicha existencia. No cabe duda de que conviene tener resuelto este problema previo antes de abordar la solución del otro, dado que por de pronto sería ocioso y hasta absurdo proponerse averiguar si un determinado hecho existe, si nos consta desde luego que el referido hecho es imposible.

La posibilidad o imposibilidad de los hechos puede ser de diversa especie: metafísica, física o natural, ordinaria o común. La imposibilidad

[80] *Ob. Cit.*, pp. 205 y 206.

metafísica implica contradicción, es la de un hecho que se oponga al principio de contradicción, como sería que el todo fuera menor que la parte. La física se opone a las leyes constantes e inflexibles de la naturaleza. Tal la de un hecho que contradijera una ley universal, como la de que los muertos no resucitan. La ordinaria se opone al curso regular y ordinario de las cosas, a leyes de una constancia y generalidad sólo relativa; de donde resulta que, según sean dichas leyes más o menos constantes o generales, la probabilidad o improbabilidad de su existencia, aumentará o disminuirá[81].

El hecho imposible, para algunos, no puede ser objeto de prueba, pues mal puede recaer una prueba sobre lo inexistente, en virtud de que lo imposible no existe. Sin embargo, se ha de observar que lo imposible de hoy, mañana puede no serlo, y ello se evidencia de los innumerables avances científicos y tecnológicos. Es así como fenómenos tales como la clonación (manipulación genética), llegar a la luna u otros lugares interespaciales o galácticos, descubrir vida en otros planetas, son tan sólo una pequeña muestra de las posibilidades del ser humano. De igual forma se observan prácticas milenarias y ancestrales que se encuentran en el campo de la medicina homeopática, donde existen curas que parecen imposibles en el campo estrictamente objetivo.

Todo ello nos lleva a pensar que a los hechos imposibles no se les puede cerrar las puertas de su comprobación. El producto de la ignorancia del avance de la ciencia, o de prácticas pasadas desconocidas, no debe ser razón suficiente para impedir la entrada a juicio de nuevas realidades que tendrán como fin no sólo crear un elemento de convicción certero, sobre la verdad de los hechos, sino ir más allá para iluminar nuevas realidades, gracias a la capacidad creadora y de asombro del ser humano. Las realidades existen, hay que descubrirlas quitándoles el velo que las cubre.

[81] Nueva Teoría de la Prueba, *Ob. Cit.* pp. 37 y ss.

En materia penal el hecho imposible tiene estrecha relación con el llamado delito imposible, y es así como existen acontecimientos en el mundo real que jamás podrán ser efectuados. Ello se evidencia en aquellos casos en los que el daño material ya se ha efectuado, por más que exista la intencionalidad latente de cometer un hecho punible, esto será de carácter imposible como se observa cuando se desea dar muerte a la persona que ya ha fallecido, pues el hecho de dar muerte a quien no goza de vida es *imposible.* Claro está que tal imposibilidad no se traslada al hecho de probar el acto voluntario realizado por el sujeto activo.

4. HECHO NOTORIO

El concepto general de "notoriedad", como enseña Leopoldo Márquez Áñez, es el que engloba las subespecies "hecho notorio" y "máxima de experiencia", que representan en el campo del proceso civil el reconocimiento al saber o conocimiento privado de los jueces, al cual las modernas legislaciones han querido dar entrada para no seguir manteniendo al juez a espaldas de una realidad que le consta como hombre común y por ese atributo involucrado y partícipe de esa realidad, como los demás hombres de su sociedad y de su tiempo[82].

Las afirmaciones que recaen sobre hechos notorios, son aquellas que se basan en hechos conocidos, que se tienen como ciertos e indiscutibles por la mayoría de las personas que integran una colectividad, en un lugar y en un tiempo determinados; que a su vez sean conocidos por el juez fuera del proceso (puede el juez, incluso, valerse de su ciencia privada), quien debe utilizarlos como parte del material fáctico del juicio, sin que haya necesidad de que las partes lo aleguen y menos aun que lo demuestren, aun cuando en contrario se afirma que –como refiere Enrique M. Falcón– los hechos notorios se hallan exentos de prueba, pero no de invocación[83]; no obstante que, como afirma José Andrés

[82] *El Recurso de Casación, la Cuestión de Hecho y el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil,* p. 121, UCAB, 2000.
[83] *Ob. Cit.*, Vol. 1, p. 114.

Fuenmayor, el concepto de hecho notorio, es variable y discutible, y aun cuando en la doctrina se ha llegado a una serie de puntos coincidentes sobre dicho concepto, todavía su calificación está matizada por una serie de sutilezas. En una acción de indemnización proveniente de hecho ilícito motivado por la muerte de una persona causada con un automóvil no será necesario probarle al Juez que un automóvil es capaz de producir la muerte de una persona, porque éste es un hecho notorio, sino que se causó la muerte, la culpa y el vínculo de causalidad. Cuando en la mente del Juez el hecho no es considerado como notorio deberá recurrir a la prueba ordinaria, pues él, por lo menos en nuestro sistema, no puede sacar elementos de convicción fuera de los autos[84].

Notoria non agent probatione, máxima del derecho canónico que rige el destino de los hechos notorios, se traduce en nuestro Código de Procedimiento Civil venezolano, afirmándose que "Los hechos notorios no son objeto de prueba" (artículo 506 CPC) "No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general" (4, artículo 281, Ley de Enjuiciamiento Civil española). Sin embargo, se aprecia la diferencia entre el hecho notorio y la *notoriedad de lo fáctico,* pues como enseña Arazi, es necesario distinguir la afirmación del hecho notorio, que está exenta de prueba, de la necesidad de probar la notoriedad. En ocasiones la ley se refiere a la notoriedad como presupuesto para hacer aplicable determinada norma jurídica; tal sucede, por ejemplo, con la demencia notoria (artículo 473, 2º Cód. Civ., texto según ley 17.711). En este supuesto lo notorio es el hecho controvertido; es, entonces, objeto de prueba, por cuanto lo que se discute es, justamente, su existencia o inexistencia. No obstante ser ello así, advertimos que si ya ha sido difícil precisar el concepto de hecho notorio, la terminología legal confunde más aún las cosas, ya que si notorio es aquello que puede ser conocido fuera del proceso por medios al alcance de cualquier persona, siempre que haya consenso general, pareciera que si no se cumple ese requisito no habría tal notoriedad. Lo que sucede es que el legislador emplea el término *"notoriedad"* con un sentido más restringido que el que co-

[84] *Opúsculos Jurídicos*, pp. 76 y ss., Edic. UCAB, Caracas, 2001.

rresponde al hecho notorio, limitándolo a la fama u opinión de los seres vinculados con la persona de que se trata; advirtiendo el autor que la exención de prueba del hecho notorio no excluye la carga de afirmarlo[85], pues, debe ser alegado, inclusive para que la parte, que pretenda decir que no lo es, lo discuta; o si sostiene que a pesar de ser un hecho notorio es éste equivocado, poder argumentar en este sentido[86].

Luego, entonces, nada impide que pueda ser objeto de prueba, si a quien interese la promueve, pues está sujeto a contradicción procesal. En materia penal, el hecho notorio sienta iguales efectos, pues según el artículo 398 del Código Orgánico Procesal Penal, "El tribunal puede prescindir de la prueba cuando ésta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio". Sin embargo, en tal caso, el tribunal no está obligado a prescindir de esa prueba, puesto que por disposición legal únicamente tiene la facultad para prescindir de la misma, si lo considera procedente, según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la imparcialidad y la justicia material del caso concreto. Sin embargo, para la Sala de Casación Civil del TSJ, el hecho notorio es aquel cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal y propia de un determinado grupo social y, por tanto, el juez que tiene conocimiento de él debe utilizarlo como parte del material de los hechos del juicio, sin que exista necesidad de que las partes lo aleguen y menos que lo demuestren. Ahora bien, el hecho notorio no es una prueba, sino un hecho que debe ser incorporado por el juez al cuadro fáctico, sin exigir su demostración en juicio. Por ello, si se califica erróneamente o se desconoce su notoriedad, a pesar de haber sido alegado, no se viola el principio de exhaustividad probatoria, ni se comete el vicio de silencio de prueba, sino que se infringe una norma de establecimiento de los hechos, distinta del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil: la prevista en el 506 *eiusdem,* que establece que los hechos notorios están exentos de prueba, del cual, en modo alguno puede derivarse una obli-

[85] *Ob. Cit.*, pp. 68 y 69.
[86] Jairo Parra Quijano, *Manual de Derecho Probatorio,* p. 133, décima tercera edic., Edit. Librería Profesional, Bogotá, 2002.

gación para los jueces de valorar, como ocurre con las pruebas, el hecho notorio alegado, y de expresar tal valoración en la sentencia como pretende el formalizante, pues del referido artículo simplemente se infiere la obligación de eximirlo de prueba e incorporarlo al cuadro fáctico, una vez constatada su notoriedad (*Vid. infra).* Sin embargo, para Calamandrei no existe, al lado de la máxima *iura novit curia,* que establece el deber del juez de conocer y aplicar de oficio las normas jurídicas, una máxima paralela *notoria novit curia,* que consagre el deber del juez de conocer de oficio los hechos notorios y de tenerlos en cuenta, aun sin que las partes los afirmen.

La *notoriedad* de un hecho depende de dos circunstancias esenciales: La primera, que sea un *hecho conocido* por la mayoría de los sujetos que integran una colectividad en un tiempo y de un lugar determinados. En realidad, el tiempo y el lugar concretos o determinados, en donde esa mayoría de los sujetos que integran una comunidad, tiene importancia esencial, pues el tiempo resulta determinante, pues ese conocimiento varía con el transcurso de los momentos temporales, al igual que según las circunstancias locales o territoriales, en donde no sólo entra en juego la cultura, las tradiciones y costumbres, sino hasta el clima que influye de alguna manera. El valor notorio de un hecho no permanece de forma inmutable a través del tiempo. Esto explica por qué los hechos notorios existen en la conciencia de un pueblo, o por lo menos en la mayoría del mismo. Lo que hoy es notorio, mañana puede no serlo. Más aún, lo que es notorio para una colectividad puede no serlo para otra. Los hechos notorios son, en realidad, afirmaciones que la sociedad considera indiscutibles.

El concepto del hecho notorio, aunque a priori pareciera ser sencillo o fácil, es un tanto difícil debido al carácter mutable que lo reviste. En este sentido, Carnelutti en su proyecto de Código de Procedimiento Civil, en el artículo 297, contempló que "Se reputan públicamente notorios aquellos hechos, cuya existencia es conocida por la generalidad de los ciudadanos en el tiempo y en el lugar en que se produce la decisión". Sin embargo, Calamandrei, al igual que mayoría de la doctrina, es partidario de incluir en este concepto lo siguiente: "Se reputan públicamente notorios aquellos hechos, cuya existencia es reconocida por la generali-

dad de los ciudadanos de *cultura media* en el tiempo y en el lugar en que se produce la decisión" (resaltado nuestro). Así quedó plasmado en la versión final del Código de Procedimiento Civil de Argentina.

La expresión *"cultura media"* juega un papel interesante en el ámbito del hecho notorio, en virtud de que ha sido utilizada con gran frecuencia en la doctrina. Sin embargo, existen autores que afirman que todos gozamos de una cultura propia. En este sentido, el término acuñado de "cultura media" desea llegar a un punto de fusión entre las distintas culturas de los seres que conforman una sociedad, otorgándole, por tanto, el carácter casi matemático de cultura *media* al tratar de buscar un punto de fusión entre tan abundante cúmulo de conocimientos. Pero, ¿cómo conocer objetivamente el punto definitorio y preciso de dónde comienza y hasta qué lugar llega la "cultura media? ¿Cómo saber con certeza en qué consiste la misma para aplicar ese conocimiento al propio concepto del hecho notorio? ¿No se quedará solamente en lo subjetivo para su apreciación? La Ley de Enjuiciamiento Civil española, por ejemplo, en su antes citado artículo 281.4, contempla que "No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general", de donde podemos observar que se precisa una "notoriedad absoluta y general" para que pueda dispensarse de la prueba del hecho, y no obstante la exigencia de lo "absoluto" demuestra que la concepción del legislador español, al respecto, resulta demasiado exigente, porque no permite, posiblemente, relatividad en el conocimiento de hecho, pues el mismo debe ser absoluto y general, con lo cual puede entenderse que el conocimiento de hecho se capta o tiene sin refutación, porque la generalidad de las personas está razonablemente convencida de ello.

Con respecto a la investigación de los hechos culturales por el Juez, argumenta Luis Méndez Escobar, todo depende de los poderes que se le reconozcan al sentenciador con relación a la formación de las premisas mayores del silogismo fáctico que hemos designado como argumentos de prueba. Si se considera que el juez está facultado para investigar los hechos culturales, ya que éstos no forman parte de los hechos controvertidos, que constituyen la premisa menor del silogismo y son los objetos concretos del derecho probatorio, podría sostenerse que el juez con

entera libertad pudiera indagar estos hechos, dejando en autos constancia de ellos, ya que los argumentos de prueba deben aparecer consignados en el expediente a los fines de que se conozca de dónde sacó el juez los elementos de convicción y cómo motivó la decisión.

Si por el contrario, a la investigación del hecho cultural se le asigna una naturaleza netamente probatoria, los jueces dentro de las limitadas diligencias de los autos para mejor proveer y como parte de la función aclarativa de dichos autos, podrían tratar de conocer dichos hechos, quedando siempre limitados con respecto a ese conocimiento debido a la taxativa de las diligencias de los autos para mejor proveer[87].

Y la segunda circunstancia esencial se refiere a que se trate de un hecho conocido por el juez que lo lleve a la causa. La inclusión de la dispensa del campo del objeto de la prueba a los hechos notorios, obedece al principio de celeridad y economía procesales, por lo que sería innecesaria la prueba de una afirmación que recaiga en un hecho que tanto para el juez, como para la mayoría de las personas de una determinada localidad, es evidente. Pero es importante observar que el *hecho notorio* debe necesariamente ser conocido por el Juez fuera del proceso, antes de sentenciar, pues mal puede decidir con base a un hecho desconocido para él, pues "(...) el hecho notorio es aquel cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal y propia de un determinado grupo social y, por tanto, el juez que tiene conocimiento de él debe utilizarlo como parte del material de los hechos del juicio, sin que exista necesidad de que las partes lo aleguen y menos que lo demuestren. Ahora bien, el hecho notorio no es una prueba, sino un hecho que debe ser incorporado por el juez al cuadro fáctico, sin exigir su demostración en juicio. Por ello, si se califica erróneamente o se desconoce su notoriedad, a pesar de haber sido alegado, no se viola el principio de exhaustividad probatoria, ni se comete el vicio de silencio de pruebas, sino que se infringe una norma de establecimiento de los hechos, distinta del ar-

[87] *El Hecho Cultural y la Prueba*, pp. 440 y ss., en Revista de Derecho Probatorio número 11, Caracas, 1999.

tículo 509 del Código de Procedimiento Civil: la prevista en 506 *eiusdem,* que establece que los hechos notorios están exentos de prueba, del cual, en modo alguno puede derivarse una obligación para los jueces de valorar, como ocurre con las pruebas, el hecho notorio alegado, y de expresar tal valoración en la sentencia..., pues del referido artículo simplemente se infiere la obligación de eximirlo de prueba e incorporarlo al cuadro fáctico, una vez constatada su notoriedad (...)" (Sala de Casación Civil del TSJ, sentencia de fecha 07-11-03, caso: Carlos Luis Borges y Marisamil Coromoto Itanare Lugo *vs* Corporación Dialvar C.A.).

En la doctrina se hace referencia entre el *hecho notorio judicial* y el *conocimiento privado del juez.* El hecho notorio judicial es aquel que se ha obtenido del propio procedimiento judicial, del que el juez obtiene conocimiento con base a la realización y el quehacer diario de la causa (de lo alegado y probado en autos, artículo 12 CPC), o de procesos. Se trata –como explica Rosemberg– de hechos conocidos por el juez o tribunal como institución, en razón de su actividad oficial o de procesos anteriores de cualquier naturaleza[88]. En cambio, cuando el juez conoce el hecho, o los hechos, fuera del proceso (en actividad como juez o en su vida privada) ese hecho debe ser probado, pero ese conocimiento privado no es prueba, puesto que al juez no está permitido juzgar o valorar el hecho que él conoce, sino que ese hecho no notorio está sometido al régimen de prueba con fundamento en el derecho a la defensa y del principio del contradictorio que, en caso contrario, resultarían afectados; no obstante que ese conocimiento privado sirve al juzgador para orientar o dirigir el proceso como director del mismo (artículo 14, CPC) y valorar los resultados probatorios, pues como afirma Rafael De Pina, la prueba se dirige al juez para proporcionarle, dentro del proceso, el conocimiento de los hechos objeto de prueba. Si alguno de estos hechos le es conocido privadamente, esta circunstancia le coloca, en cierto modo, en la situación de juez y testigo y lejos de facilitar su tarea ha de constituir un obstáculo para el ejercicio de su función[89]. Sin embargo, Frie-

[88] *Tratado de Derecho Procesal Civil,* t. 2, pp. 218 y 219, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1955.
[89] *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, pp. 263 y ss., Edit. Porrúa, México, 1995.

drich Stein no concibe cómo puede existir en el juez dos conocimientos: Uno privado y otro oficial, pues, como afirma, contradice la experiencia y el buen juicio pensar que en el intelecto del juez existe un saber privado y otro oficial, y que, por ejemplo, la máxima de la experiencia de que el agua fluye río abajo pertenece al saber oficial, mientras que, en cambio, aquélla sobre el carácter letal de un gramo de morfina pertenece al saber privado[90].

Pareciera, entonces, que no se ha de confundir, *el hecho notorio Judicial* con el c*onocimiento privado del juez,* pues este último emana no de la influencia de un procedimiento, sino de los conocimientos adquiridos por el juez como persona; por lo cual el conocimiento privado del juez, según algunos no debería ser utilizado en juicio, a diferencia del hecho notorio judicial, pues sería contradecir el conocido aforismo latino *secundum allegata et probata partium debet judex judicare, non secundum suam conscientiam,* y que en la actualidad se encuentra recogido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil: El Juez debe decidir conforme a lo alegado y probado en autos. Sin embargo, el vetusto aforismo *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en las actas no está en el mundo), es una absoluta e insalvable contradicción con la realidad del propio mundo, de la sociedad, del proceso, de la certeza y la justicia, pues si admitimos que el juez no es un convidado de piedra, porque es persona humana, no se le puede pedir que ignore esas realidades, y que haga valer su saber privado, más aún, cuando el proceso es y debe ser un instrumento para la realización de la justicia del caso concreto.

También se hace distinción entre la *notoriedad del hecho* y las *máximas de experiencia,* pues mientras aquélla sirve de fundamento para eximir de prueba al hecho, las reglas de experiencia nacen como producto de la concepción que el juez ha formado con apoyo en los conocimientos adquiridos, no sólo por su vivir diario en la sociedad como persona humana, sino porque sus conocimientos los adquiere por su re-

[90] *El Conocimiento Privado del Juez,* pp. 91 y ss., Edit. Temis, Bogotá, 1999.

lación permanente con la realidad existencial donde vive, sin importar para nada los conocimientos anteriores, actuales o los que va adquiriendo, pues las máximas de experiencia –como observa Stein en la obra mencionada– no son objeto de nuestra percepción, sino que las adquirimos por transmisión y, por tanto, su conocimiento está libre de errores de percepción... Nuestra legislación concede al juez la facultad de hacer valer su conocimiento sin preguntar por el origen de éste y, por ello, se ha probado que la fuente de su saber es irrelevante, y que, en consecuencia, es indiferente si el juez había usado como tal juez anteriormente la máxima de la experiencia o si la conoció como particular o si la construyó en el momento mediante el recuerdo o la consideración de casos vividos o conocidos anteriormente. En este último supuesto, se trata de la actividad del llamado sentido común. De lo anterior se desprende que en lo concerniente a la necesidad de la prueba, lo decisivo es si el juez conoce la máxima o no, siendo irrelevante el modo por el que llegó a su conocimiento.

Para unos autores las máximas de experiencia son normas, y según otros son principios. Para Delgado Ocando, las máximas de experiencia son normas y no deben ser confundidas con hechos que pueden ser comprobados o evidenciados en el curso del proceso[91]. En todo caso, si bien se desprenden de los hechos, se encuentran por encima de ellos, permanecen en la conciencia del juez como un todo que guía y rige su conducta en la aplicación de ley, quizás por ello se confundan o sean utilizados como sinónimos los términos "principios" y "normas", de suerte que los principios son suprajurídicos, llenan el vacío de las normas. Las normas al ser creadas se fundamentan en principios jurídicos, tratando por supuesto de ser generales, pero en la mayoría de los casos no puede escapar a regular una situación en concreto. Los principios sientan sus bases en el derecho natural de los hombres, las normas se establecen de forma positiva.

[91] *Supuestos de la Interpretación Jurídica,* p. 29, en Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001.

Ronald Dworkin llama principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, es un principio. La diferencia, apunta el mismo autor, entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces, o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión[92]. En cambio, para Robert Alexy los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, los principios son *mandatos de optimización,* que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio[93]. Llamamos principios, dice Arazi, a ciertas reglas sin las cuales no hay debido proceso, porque ellas conciernen al derecho de defensa de las partes[94].

---

[92] *Los Derechos en Serio,* pp. 74 y 75, Edit. Ariel S.A., 4ª reimpresión, Barcelona, España, 1999.

[93] *Teoría de los Derechos Fundamentales,* pp. 86 y 87, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

[94] *Los Principios Procesales y la Prueba*, p. 35, en La prueba, libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo, Librería Editora Platense, La Plata, 1996.

La notoriedad es un motivo para la exención de la prueba del hecho, en tanto que la máxima de experiencia ayuda en la formación del criterio lógico del juez para la apreciación de los hechos y las pruebas; y como enseña Devis Echandía, la notoriedad recae sobre hechos concretos, y las reglas de experiencia se refieren a principios abstractos; el hecho notorio forma parte del fundamento de hecho de la demanda o la excepción, mientras que las máximas de experiencia sirven para verificarlos, sin que pertenezcan al material probatorio, allegado al proceso; los hechos notorios son objeto de prueba judicial, aun cuando no necesiten prueba y por lo tanto estén fuera del *thema probandum;* en cambio, las máximas de experiencia no son objeto de prueba judicial, puesto que son simples normas de criterio para el entendimiento de los hechos, que el juez aplica de acuerdo con su conocimiento privado; el hecho notorio está sujeto a contradicción procesal, y las reglas de experiencia no, por ser verdades generales obvias[95].

5. HECHOS PRESUMIDOS POR LA LEY

Las presunciones constituyen un razonamiento intelectual basado en la lógica inductiva o deductiva, para establecer de un hecho conocido la certeza de uno desconocido, bien sea por parte de la labor intelectual del legislador al establecerlas en la ley, o por la del juez, en el caso de que se trate de presunciones no establecidas por ley, pero que con base a las alegaciones de hechos desconocidos llega a la convicción de la existencia de un hecho.

El Código Civil preceptúa que "Las presunciones son las consecuencias que la Ley o el juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido" (artículo 1.394), de donde se aprecia que la presunción debe gozar de un *hecho conocido* y otro *desconocido,* debiendo producirse una relación de causalidad entre el hecho conocido con el hecho desconocido.

[95] *Ob. Cit.* p. 235.

Nuestro legislador contempla dos tipos de presunciones: las *presunciones legales y las presunciones no establecidas por la ley.* La presunción legal es la que una disposición especial de la Ley atribuye a ciertos actos a ciertos hechos (artículo 1.395, CC); siendo tales actos o hechos: 1.- Los actos que la Ley declara nulos sin atender más que a su cualidad, como hechos en fraude a sus disposiciones, como, por ejemplo, en materia de acción pauliana, para cuya procedencia las enajenaciones a título gratuito por parte de un deudor insolvente se presumen fraudulentos de forma irrebatible (presunción *iuris et de iure*). 2.- Los casos en que la Ley declara que la propiedad o liberación resultan de algunas circunstancias determinadas, como acontece con lo dispuesto en el 164 del Código Civil, es decir, se presume que pertenece a la comunidad todos los bienes existentes, mientras no se pruebe que son propios de alguno de los cónyuges. 3.- La autoridad que da la Ley a la cosa juzgada. La autoridad de la cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma, que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa, que sea entre las mismas partes, y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior. Mientras que las segundas –las presunciones no establecidas por la ley o presunciones *hominis*[96]– quedan a la prudencia del juez, quien no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la ley admite la prueba testimonial.

Las presunciones *hominis* son también denominadas de justicia, judiciales o humanas (*faite-homin*), por cuanto son valoradas por el Juez

[96] Se ha observado que también se puede apreciar que otros hechos, tales como los llamados hechos evidentes constituyen un estándar jurídico, nivel medio de conducta, comportamiento, reacciones que la ley permite tener como medida de una conducta normal, y por lo tanto admitir como cierto sin necesidad de prueba. Se está haciendo en los últimos años una jurisprudencia de principios, por ejemplo, la buena fe se presume, la capacidad se presume. Hay que probar incapacidades no capacidades. Hay que probar mala fe y no buena fe. Si no se probó la buena fe para el juez eso es un hecho evidente, no necesita ser probada, se presume, pero no es una presunción legal sino una "presunción *hominis*". Sería necesaria una nueva evaluación de esta categoría de hechos, repensar el tema tratando de obtener un concepto lo más objetivo posible de hecho evidente, de modo tal que no se dé por probado (confirmado) lo que debería acreditarse como cualquier otro hecho.

de acuerdo con su convicción. Son presunciones no establecidas por la ley, que bajo el amparo del artículo 1.399 del Código Civil, quedan limitadas a la prudencia del Juez, quien las admitirá cuando sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la Ley admite la prueba testimonial. Al respecto, la Sala de Casación Civil del Máximo Tribunal, en decisión de fecha 12 de enero de 1967 (caso: Flor Morales contra Ramiro Centeno y otro), decidió que "(...) Si bien es verdad que las presunciones *hominis* quedan a la prudencia del Juez, a tenor del artículo 1.399 del Código Civil, lo que a su vez el establecimiento de las mismas no sería censurable en casación, esa libertad para establecerlas es siempre que "El Juez no desconozca la verdad que aparezca del propio expediente, o los principios que rigen la prueba de presunciones, pues en caso contrario el fallo sí sería casable", como lo estableció la Corte en sentencia 14-06-54 y 20-12-60, que es precisamente lo que ocurre en el caso de autos, según se deja demostrado (...)".

Las presunciones legales, atendiendo a su contenido, se subdividen, a su vez, en las denominadas *presunciones iuris tantum* y las presunciones *iuris et de iure*. La presunción *iuris et de iure*, o presunción de derecho, pues en contra de la misma no se admite prueba en contrario. En la misma la ley impone al juez (de forma irrebatible por las partes) que tenga por verdaderos los hechos alegados, pero permite a los interesados demostrar la inexactitud de la inducción fundada en dichos hechos. Se les concede, por lo tanto, poder destruir o desnaturalizar, el fundamento de la presunción. Y esa circunstancia de no admitirse prueba en contrario, las convierte en disposiciones imperativas, que buscan satisfacer el orden público, trascendiendo el campo de la mera presunción, por lo que se afirma que las presunciones legales *iuris et de iure* no son más que normas jurídicas en las cuales se establece la fuente por la cual el legislador se nutrió para llegar a la conclusión de estatuir determinada conducta.

Existen múltiples presunciones *iuris et de iure* a lo largo de nuestra normativa sustantiva civil, como, por ejemplo, las disposiciones testamentarias a favor de la personas incapaces, designadas en los artículos 841, 844, 845, 846 y 847, son nulas, aunque se las haya simulado bajo forma de un contrato oneroso, o se las haya otorgado bajo nombre de

personas interpuestas. Se reputan personas interpuestas, al padre, la madre, los descendientes y el cónyuge de la persona incapaz (artículo 848, CC). En cambio, las presunciones *iuris tantum,* son aquellas establecidas por la ley, pero que pueden rebatirse mediante argumento en contrario. Así, por ejemplo, toda falta de respeto al superior, se presume cometida en acto de servicio salvo prueba en contrario (artículo 516 del Código Orgánico de Justicia Militar); o el marido se tiene como padre del hijo concebido durante el matrimonio (artículo 197, CC); en tanto que en las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores se obligan solidariamente, si no hay convención contraria (artículo 107, C. Com.); pero también cuando el patrono despida a uno (1) o más trabajadores, deberá participarlo al Juez de Estabilidad Laboral de su jurisdicción, indicando las causas que justifiquen el despido, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, y de no hacerlo se le tendrá por confeso en el reconocimiento de que el despido lo hizo sin justa causa (artículo 116, LOPT). La presunción establecida en esta norma sienta sus bases en el incumplimiento de una formalidad extrajuicio, lo que atribuye al patrono la carga de la prueba para desvirtuarla. La presunción legal *in commento*, se ubica dentro de la presunciones *iuris tantum,* pues como ha decidido la Sala Constitucional del TSJ, "Esta presunción no es *iuris et de iure,* no sólo porque el artículo 116 de la Ley Orgánica del Trabajo no le da ese trato, sino porque si la confesión expresa puede ser revocada, con mucha mayor razón lo podrá ser la proveniente, si no se transgrediría el derecho de defensa del patrono o de cualquiera que se vea afectado por el incumplimiento de las formalidades, que impedirían la búsqueda de la verdad. De aceptarse esto, no se estaría ante un Estado de Derecho y de Justicia como el que preconiza el artículo 2 de la vigente Constitución, sino ante un Estado de Ficciones legales, que devendrían en la negación de la Justicia, ya que la ficción obraría contra la realidad" (Sentencia 00-242 del 27 de marzo de 2001).

Es interesante observar la posición que ocupan las presunciones dentro del Código Civil venezolano. En efecto, su ubicación se encuentra en el Capítulo V (del Título III, Libro Tercero), con objeto "De la prueba de las obligaciones y de su extinción"; por lo que a primera vista se observa que las presunciones, de una u otra forma, permiten

probar la existencia de una obligación o bien, su extinción. Por consiguiente, se llega a la siguiente conclusión: las presunciones no son objeto de prueba, puesto que sobre las mismas no recae directamente la prueba. Las presunciones, en el ámbito civil, según su ubicación legal, son *medios de prueba* representados por consecuencias que la Ley (presunciones legales) o el Juez (presunciones judiciales, *hominis)* sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido (artículo 1.394, CC), pues como ha expresado la Sala de Casación Civil del TSJ, la legislación vigente acepta y reconoce las presunciones como medio de prueba, así lo establece el artículo 1.394 del Código Civil, y ellas, cuando no están previstas en la ley, quedarán a la prudencia del juez, por mandato expreso del artículo 1.399 *eiusdem,* quien deberá apreciarlas siempre que las presunciones o indicios reúnan los requisitos de gravedad, precisión y concordancia" (sentencia 219 del 06-07-00); lo cual se observa más claramente en la presunción *iuris tantum* de existencia de la relación laboral en beneficio del trabajador, cuando a éste corresponda probarla, cualquiera sea la posición del mismo en la relación procesal, tal como lo estatuye el artículo 72 *in fine* de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; en cuyo caso la presunción no es un medio de prueba sino un *auxilio de prueba,* que debe ser desvirtuada por el patrono presunto si quiere demostrar la certeza de su defensa, pues en caso contrario, por el juego de esa presunción, se tendrá por demostrada la relación de trabajo. En tal circunstancia, la presunción *iuris tantum* constituye un apoyo del medio probatorio empleado, del cual extrae el juzgador el hecho conocido (persona que alegó ser trabajadora) y establece uno desconocido (la relación de trabajo entre ella y el patrono). Tanto las **presunciones** como los **indicios**, en el ámbito laboral, constituyen auxilios probatorios establecidos por la ley o asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios (artículo 69, LOPT), corroborando o complementando el valor o alcance de tales medios, de la manera como lo contempla el artículo 116 de LOPT; ley ésta que, a su vez, señala que "El indicio es todo hecho, circunstancia o signo suficientemente *acreditado a través de los medios probatorios,* que adquiere significación en su conjunto, cuando conduce al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido, relacionado con la controversia" (destacado

nuestro artículo 117 *ibídem*); mientras que la **presunción** "es el razonamiento lógico que, a partir de uno o más hechos probados lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal o judicial" (artículo 118, LOPT*)*.

En las presunciones legales, lo que en todo caso se prueba es la existencia del hecho que lleva a la ley a establecer un hecho desconocido. Por lo tanto, cuando el hecho goza de presunción legal, admítase o no prueba en contrario, el mismo se encuentra exento de prueba; y lo que verdaderamente es objeto de prueba es el hecho conocido. La presunción como tal no puede ser objeto de prueba, pues se trata de una deducción que establece por vía de consecuencia la existencia del hecho desconocido. La deducción del hecho desconocido no requiere probarse. La presunción no es una prueba, sino dispensa o exención de prueba. En las presunciones legales se "dispensa de toda prueba a quien la tiene a su favor" (artículo 1.397 CC). Sin embargo, a esta regla se le opone la siguiente excepción: "No se admite ninguna prueba contra la presunción legal, cuando, fundada en esta presunción, la ley anula ciertos actos o niega acción en justicia, a menos que haya reservado la prueba en contrario" (artículo 1.398, CC). En el ámbito laboral, cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto, no cabe prueba en contrario, y el beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base (artículo 119, LOPT); y cuando la ley presuma una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba corresponderá a quien pretenda desvirtuar la presunción (artículo 120, LOPT), tal como ocurre con la presunción *iuris tantum* a que se refiere el artículo 72 *in fine* de LOPT.

Capítulo VI

Afirmaciones negativas de hecho

Las afirmaciones negativas sobre hechos son las conocidas en la doctrina como "hechos negativos", o afirmaciones negativas de hecho o, simplemente, afirmaciones negativas.

Como se ha observado, el objeto de la prueba para las partes lo constituyen las *afirmaciones* que recaen en hechos, y que el juzgador debe considerar, pero el sentido de las afirmaciones puede entenderse desde dos ópticas: una, en carácter positivo, y la otra en sentido negativo, es decir, las negaciones. Esta deducción deriva del significado del vocablo *afirmar,* que según Cabanellas, consiste en "Dar por cierta una cosa // Ratificarse, mantenerse firme en lo dicho"[97]; por lo cual las partes pueden dar por cierto un hecho mediante afirmaciones formuladas tanto de manera positiva como negativa. Esta comprensión resulta curiosa, puesto que ha sido debatido en la doctrina procesal venezolana, llegándose a considerar que los hechos negativos (afir-

[97] Diccionario de Derecho Usual.

maciones negativas) no constituyen objeto de prueba, pero que para Luis Muñoz Sabaté, el hecho negativo no es más que un hecho positivo que pudo haber sido y no fue, siendo otro[98]. Sin embargo, lo determinante para que un hecho deba ser probado –como afirma Román J. Duque Corredor– es que si en su existencia y veracidad se fundamenta la consecuencia de una norma de la cual las partes aspiran obtener un beneficio en el proceso, corresponde demostrarlo independientemente de que sea una afirmación o una negación[99].

Las afirmaciones negativas se clasifican en dos tipos: las *afirmaciones negativas absolutas o indefinidas,* que son aquellas que no se limitan ni en el tiempo ni en el espacio, y establecen sus bases en la nada, que se capta cuando una persona afirma, por ejemplo, "nunca he visto una casa". Las segundas, constituyen las *afirmaciones negativas relativas o definidas,* que tiene su fundamento en un hecho que se puede expresar de forma positiva, y se encuentran limitadas en el espacio y en el tiempo, como ocurre, por ejemplo, cuando se dice: "Hoy derribaron un edificio en la Avenida Bolívar".

Al efecto, el Máximo Tribunal de Justicia, en sentencia dictada por la Sala de Casación Civil en fecha 28 de marzo de 1974, afirmó que "(...) la sola circunstancia de ser un hecho negativo no dispensa de su prueba a quien lo alega, porque, conforme a la mejor doctrina, en esta materia debe hacerse una distinción entre las proposiciones negativas indefinidas cuya demostración es imposible, y las proposiciones negativas definidas, limitadas en el espacio y en el tiempo, cuya prueba es perfectamente factible (...)" (caso: G. Eleizalde contra Centro Ítalo Venezolano). Así, las afirmaciones negativas relativas o definidas en realidad en su mayoría son alegatos redactados en forma negativa, que expresan la existencia o inexistencia de un hecho o de un derecho.

---

[98] *Técnica Probatoria*, *Ob. Cit.*, p. 246.
[99] *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario,* Vol. 1, p. 243, Edic. Fundación Projusticia, Caracas, 2000.

Cuando se afirma, por ejemplo, que determinada persona no estuvo presente en un acto o negocio jurídico realizado en un lugar concreto, porque ese día, a esa hora, se encontraba en otro lugar; nos encontramos en presencia de alegaciones negativas definidas o relativas, que según nuestro Máximo Tribunal su prueba "es perfectamente factible", la cual se hará, en el ejemplo dado, mediante la comprobación de una afirmación positiva que lo desvirtúe, es decir, probando la afirmación sobre la estadía en un lugar distinto al de la celebración del acto o negocio jurídico, a una hora y día determinados. En cambio, cuando expresa que nunca se ha contraído deudas, que nunca se ha estado en determinada ciudad, o que nunca ha visitado la iglesia, estaremos en presencia de alegaciones negativas absolutas o indefinidas.

Las afirmaciones negativas relativas o definidas, en realidad en su mayoría son alegatos redactados en forma negativa, que expresan la existencia o inexistencia de un hecho o de un derecho. La antigua Corte Federal y de Casación, corrigiendo su criterio según el cual "Es antijurídico exigir la prueba de un hecho negativo" (sentencia del 19 de octubre de 1912, Memoria 1913, p. 270), afirmó: "Quien quiera que sienta como base de su acción o de su excepción, la afirmación o negación de un hecho, está obligado a suministrar la prueba de la existencia o de la no existencia del hecho, toda vez que sin esta demostración, la demanda o excepción no resulta fundada. No es hoy admisible como norma absoluta la vieja regla jurídica conforme a la cual los hechos negativos no pueden ser probados, pues cabe lo sean por hechos o circunstancias positivas contrarias" (Gaceta Forense Nº 30, 2ª Etapa, Vol. Co., p. 23). Y para la Sala Constitucional del TSJ, en decisión de fecha 04-11-03, si bien frente a una acción de amparo contra omisión no es posible exigir la prueba del hecho negativo, ello no resulta óbice para que la parte actora consigne al menos prueba del momento a partir del cual comenzó a transcurrir el lapso respecto del cual se produjo la omisión que estima violatoria de sus derechos constitucionales, lo cual constituye un documento esencial para que el juez constate la veracidad o no de las denuncias formuladas (exp. 02-2663).

En algunos casos las expresiones negativas pueden ser redactadas con facilidad de forma positiva, pero en otros, esto es imposible. Así, por

ejemplo, si se afirma que determinada persona no es capaz, puede fácilmente expresarse con mejor sentido semántico que esa persona es incapaz. En cambio, si se afirma que determinada persona ese día no estuvo en determinada ciudad, excluye la posibilidad de formular esta aseveración en sentido positivo. Puede darse el caso que la afirmación negativa definida o relativa, pueda constituirse en objeto de prueba, aun cuando no exista una afirmación positiva que la desnaturalice, siempre y cuando el hecho contrario pueda ser apreciado por los sentidos.

Las afirmaciones negativas absolutas o indefinidas, no pueden, a priori, ser apreciados sensorialmente en virtud de que, en la mayoría de los casos, el hecho negado ya no existe en el tiempo, o bien para observar su inexistencia en la historia, habría que remontarse al pasado para observar si existió algún hecho que lo desvirtúe (la *heurística* es la ciencia que se ocupa de la investigación y búsqueda de hechos pasados). Por ejemplo, si se alega que nunca existió un río en determinado lugar, habría que realizar un estudio histórico que mediante la experticia, testimonio, entre otros medios de prueba, permitan la prueba. Las afirmaciones negativas absolutas o indefinidas, tampoco pueden desvirtuarse por una afirmación positiva que gramaticalmente sea la figura antípoda de ésta. Por ejemplo, cuando se afirma que nunca se le debió dinero a nadie; sin embargo, dicha negación absoluta indefinida podrá probarse mediante la confesión, con testigos en los casos autorizados por la ley, con el instrumento constitutivo de la obligación, o bien con cualquier medio de prueba idóneo. Las afirmaciones *in commento* se fundamentan en la nada, no tienen apoyo directo de afirmaciones positivas, ni pueden a primera vista ser apreciados sensorialmente, por lo que dejan duda, una zona de penumbra, sobre si pueden o no constituirse en objeto de prueba. No obstante, si las observamos con detenimiento se concluye que *la prueba sí puede recaer sobre las alegaciones negativas absolutas o indefinidas*.

Resulta insostenible, al decir de Regina Garcimartín Montero, la afirmación según la cual ningún hecho negativo no puede ser probado; sí es cierto que normalmente la prueba del hecho negativo resulta más difícil que la de un hecho positivo, pero esto no nos puede conducir a

la precipitada conclusión de que no cabe la prueba del hecho negativo. En muchas ocasiones las aseveraciones de carácter negativo encierran una de tipo positivo, de este modo, cuando lo que se trata de probar es la ausencia de una calidad determinada, es suficiente con probar que la persona, objeto o hecho en cuestión poseen la cualidad contraria, así la prueba de la inexistencia de buena fe se podrá acreditar probando que existió mala fe, la ausencia de diligencia mediante la prueba de la negligencia, etc.[100].

En la Edad Media –sostiene Devis Echandía– se generalizó la errada doctrina, resumida en estas dos máximas: *afirmantti non neganti incumbit probatio* (la carga de la prueba corresponde a quien afirma, no a quien niega) y negativa *non sunt probanda* (las negaciones no se prueban). El error provino de una mala interpretación de la doctrina romana y especialmente de los principios *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* y *per rerum naturam factum negantis probatio nulla est*, que en realidad se refieren al demandado que se opone a la demanda limitándose a negar sus hechos[101]. Si el demandado niega los hechos que el actor afirma en la demanda, el demandado no está obligado a probar su negación, pues es al demandante a quien incumbe la carga de probar que esos hechos son ciertos; a menos que se refiera a hechos indefinidos, notorios o presumidos; de donde se puede poner en duda que corresponde probar a quien afirma positivamente, y no a quien niega. Quien alegue afirmaciones negativas le corresponde la carga probatoria, al igual que en una afirmación positiva, de conformidad con el artículo 1.354 del Código Civil, pues quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

[100] *El Objeto de la Prueba en el Proceso Civil,* pp. 51 y ss., Edit. S.L. Barcelona, España, 1997.
[101] *Ob. Cit.*, Vol. 1, p. 207.

Capítulo VII

Las normas jurídicas y el objeto de la prueba judicial

El tema del *objeto de la prueba,* como se ha expresado, atiende a la interrogante ¿qué se prueba? En torno al mismo se han dado múltiples respuestas donde el punto central lo constituyen los *hechos,* aunque se señala que para las partes el objeto de la prueba estriba en las *afirmaciones* que en todo caso recaen en hechos. Para el juez, el objeto de la prueba se materializará en los hechos que han sido alegados por los litigantes. En la práctica forense se observa cómo pluralidad de "juicios de hecho", han dejado un tanto rezagados a los llamados "juicios de derecho". Al respecto, el artículo 389 del Código de Procedimiento Civil consagra que no se dará apertura al lapso probatorio, cuando se deduzca de la demanda y de la contestación que la controversia se basa en puntos "de mero derecho"; teniendo como fundamento el conocimiento jurídico que debe tener todo operador de justicia, y en virtud de ello sería absurdo tratar de dar a conocer lo ya conocido, tratar de probar la existencia de normas jurídicas en las que el juez, se supone, se encuentra previa y totalmente familiarizado con

ellas. Además, se entiende que "las leyes son la voluntad del pueblo", por lo que éste debe conocerlas, y así se deduce de la interpretación del artículo 2º del Código Civil venezolano, donde *ignorantia juris no excusat,* de suerte que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento y, por tanto, el *error de derecho no es admisible* como excusa en materia civil ni penal, y en esta última específicamente no se constituirá en causa de inculpabilidad.

Es así como el efecto de no dar apertura al lapso probatorio por tratarse de un juicio meramente de derecho, sienta sus bases el aforismo latino *da mihi factum dabo tibi ius*, o bien, al más conocido *iuria novit curia* (dame los hechos que doy el derecho. El juez conoce las normas jurídicas), pues resalta pensar que ante el Juez de la causa deben hacerse los alegatos, que en todo caso recaen en los hechos, y luego él deberá encuadrarlos en la normativa legal. Sin embargo, esta regla del todo no es cierta, puesto que el juez, si bien debe conocer el derecho, las partes en sus pretensiones deben exponer los hechos y relacionarlos con el derecho que se reclama en virtud del ordinal 5º del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, donde se exige establecer en el libelo "la relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión". En la praxis procesal la conocida frase "dame los hechos que doy el derecho", es aplicable a los efectos de no transcribir un texto legal completo en su totalidad, pues basta con señalar la norma legal sobre la cual se basa la pretensión, y más aún se entiende que al juez de la causa no se debe explicar el significado de la norma, puesto que, en principio, ha de conocerse.

El derecho nacional o interno no es objeto de prueba, pues "La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento" (artículo 2º, CC). Sin embargo, no es lo mismo el conocimiento que de la ley debe tener el juez para su aplicación, que el del ciudadano, pues mientras aquél se dice que debe conocer el Derecho, el ciudadano tiene necesidad u obligación de cumplir la ley, independientemente de que la conozca o no. De igual manera, los tratados, pactos y convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas

en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (artículo 24, CRBV). En relación con ello, "...la Sala deja sentado que sólo son objeto de prueba los hechos controvertidos, pero no el derecho, pues en virtud del principio *iura novit curia,* el juez conoce las normas jurídicas y le corresponde determinar su correcta interpretación y aplicación, con independencia de las alegaciones hechas por las partes sobre este particular..." (Sala de Casación Civil del TSJ, sentencia del 30-04-02, exp. 00-012); a menos que, como observa Jorge Kielmanovich, se refiera a disposiciones de derecho interno no publicadas oficialmente, pues la selección, aplicación e interpretación de la norma es resorte del tribunal (*iura novit curia*) y dependerá en todo caso de su saber privado y su cultura jurídica[102].

En Venezuela la Ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente "Cúmplase" en la *Gaceta Oficial de la República*, tal como así lo contempla el artículo 125 de la Constitución Nacional (CRBV), por lo cual el juzgador debe considerar como auténticas las disposiciones legales que allí aparezcan publicadas. Diferente es que aparezca la controversia sobre error o inexistencia de la publicación, pues en tales circunstancias estaríamos en presencia de una cuestión de hecho que amerita su prueba, pues como afirma Rengel-Romberg, cuando se discute o controvierte la inexistencia o el error en la publicación de la ley, la cuestión deja de ser una cuestión jurídica para transformarse en una de hecho, objeto de prueba judicial, pues la mera existencia de la ley, es un hecho, y la autenticidad de la misma, o la realización del procedimiento constitucional para la formación de la ley, son hechos que deben ser probados en caso de ser controvertidos; sin perjuicio de la iniciativa que puede tener el juez para investigar su realidad[103]. En cambio, el derecho externo o extranjero, que se asimila a un hecho, puede ser objeto de prueba. En efecto, "...El derecho extranjero deberá ser probado

[102] *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, p. 33, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
[103] *Ob. Cit.* Vol. 3, p. 247.

en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación" (2, artículo 281, *supra* citada Ley de Enjuiciamiento Civil española). Si bien las normas jurídicas pueden ser probadas, como refiere Manuel Ortells Ramos, no se produce una total equiparación entre las mismas y las afirmaciones sobre los hechos como objeto de prueba. Aunque las partes no prueben aquellas normas, el juez las debe aplicar. Aunque las partes admitan su vigencia y contenido, el juez no debe aplicarlas de conformidad con lo que resulte de la admisión y puede adquirir un conocimiento exacto de las mismas (con la excepción vista respecto de las normas consuetudinarias). Todo ello porque la posición del juez respecto de la norma (*iura novit curia*), no es la misma que respecto de los hechos (cuya introducción y prueba en el proceso está informada por el principio de aportación de parte)[104].

[104] *Ob. Cit.*, p. 372.

CAPÍTULO VIII

EL DERECHO A LA PRUEBA

1. DERECHO DE ACCEDER A LA PRUEBA

En el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución Nacional se estatuye que "Toda persona tiene derecho...; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa...". Como se observa, la Constitución consagra el derecho a la prueba y la ley desarrolla ese principio, estableciendo cuáles son los medios de que puede valerse la persona para el ejercicio de su derecho a la defensa, así como las **formalidades** que deben emplearse para su realización en la praxis. Así, el Código de Procedimiento Civil en los artículos 395 (que tasa o tarifa, como también libera, los medios de prueba admisibles en juicio), 397 (sobre el control de la prueba por la otra parte) y 398 (sobre la admisión o inadmisión de las pruebas ofrecidas); presentan una perspectiva bastante amplia sobre el espectro de las formalidades –*in genere*– que deben cumplir los medios de prueba en orden a su promoción, sin que en alguna de esas tres (3) normas procesales se exija, de manera puntual, que el promovente esté obligado a exponer qué es lo que pretende probar con cada medio de prueba ofrecido. A excepción

de la exigencia a texto expreso contenida en el artículo 451 del Código de Procedimiento Civil ("La experticia no se efectuará sino sobre puntos de hecho cuando lo determine el Tribunal de oficio, en los casos permitidos por la ley, o a petición de parte. En este último caso se promoverá por escrito, o por diligencia, indicándose con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse"); así como en el artículo 472 *eiusdem* ("El juez, a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos (...)"; pues "(...) cuando se promueve una prueba debe indicarse cuál es el objeto de la misma y qué se pretende probar con ella, porque de lo contrario dicha prueba será ilegal al no poderse valorar la pertinencia, y por tanto inadmisible (...)" (Sala Constitucional, sentencia de fecha 11-07-03, caso: Puertos de Sucre, S.A. en amparo).

A menos que una norma legal a texto expreso exija la indicación de lo que se pretende probar con el medio de prueba ofrecido, ¿podría sostenerse con fortaleza que el señalamiento o la indicación de lo que se propone probar la parte con la prueba ofrecida, no es más que un *formalismo* no esencial? Y, de ser así, entonces, ¿no constituiría ese formalismo no esencial violación del numeral 1 del artículo 49 de la Constitución nacional, al impedir el ejercicio del derecho al acceso de la prueba para la defensa; así como del 26 *eiusdem* que consagra el derecho de toda persona de acceder a los órganos de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente? ¿No constituiría un obstáculo conducente a sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, en contradicción con el artículo 257 *ibídem*? Para el caso de exigir la norma de que se trate, que el promovente debe indicar qué es lo que pretende probar, el derecho de acceso al medio probatorio estatuido por el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución Nacional, ¿no dará lugar a que el juez fije oportunidad al promovente omisivo para que subsane ese defecto procesal, en beneficio de los principios constitucionales aludidos, con fundamento, además, en que las mencionadas normas procesales civiles son preconstitucionales, y debe, por tanto, adaptarse las mismas a la norma suprema? Lo esencial, en tal

caso es la necesidad de admitir que el derecho de acceder a las pruebas ha adquirido rango constitucional de manera expresa; y como enseña Couture, la ley que haga imposible la prueba es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa[105], pues no puede haber prueba donde falta la libertad de probar; esta libertad es postulado indiscutible de la prueba. Pero, libertad ¿para qué? Para probar, esto es, para constatar afirmaciones. Para nada más. Para verificar[106].

Como presentamos esas breves interrogantes, seriamente debemos decir que no nos atrevemos a responder las mismas de modo absolutista. Sin embargo, como la interpretación de las normas procesales, con fundamento en las cuales algunas de las Salas del TSJ han sostenido aquel criterio (a cada medio de prueba ofrecido su promovente debe indicar qué pretende probar con el mismo); observamos que esa interpretación pudiera presentar, en atención a que el derecho de acceder a las pruebas ha adquirido rango constitucional de manera expresa: i) un obstáculo enervante que impide el acceso a la justicia material del caso concreto, pues con la inadmisión de la prueba, porque su promovente no indicó qué pretendía probar con la misma, se quita al promovente el derecho a presentar el medio demostrativo del hecho o hechos afirmados, e incluso a desvirtuar el hecho o los hechos de la parte contraria; ii) la frustración de la relación existente entre el derecho a la prueba y a la defensa, puesto que la vinculación es tan íntima entre las dos, que la inadmisión de la prueba conduce a que su promovente quede en estado de indefensión (es el juez quien inadmite en tal caso la prueba al no aplicar la Constitución con preferencia), pues es preferible admitir la prueba, salvo su apreciación en la definitiva, como afirma Sentís Melendo, que inadmitirla bajo el rigor de una interpretación restrictiva de la norma procesal; máxime cuando ésta debe ser interpretada acorde con la Constitución Nacional, lo que implica darle un sentido tal que permita la efectividad del principio de la tutela judicial efectiva y al derecho a la defensa, pues como ha sostenido el Tribunal Constitucional español en decisión

[105] *Estudios..., Ob. Cit.*, Vol. 1, p. 66.
[106] *La Prueba, Ob. Cit.* p. 74.

del 21-11-95, "...aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su consecución, con repudio por lo tanto de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma..."[107].

Por otra parte, si el promovente de la prueba no indica qué pretende probar con la misma, en el caso, por ejemplo, de lo establecido en el artículo 451 del Código de Procedimiento Civil (norma preconstitucional): "La experticia no se efectuará sino sobre puntos de hecho cuando lo determine el Tribunal de oficio, en los casos permitidos por la ley, o a petición de parte. En este último caso se promoverá por escrito, o por diligencia, indicándose con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse"; y si su promovente no indica con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse la experticia, ¿por tal omisión el Tribunal debe inadmitir esa prueba, porque tal defecto no permite establecer o determinar la pertinencia de la misma? Creemos que no, porque el juez o tribunal está obligado a interpretar esa norma procesal en el sentido más favorable al ejercicio del derecho de acceso a la prueba y a que la misma sea evacuada, en conexión inevitable con el principio constitucional del derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva. Ante esa omisión de quien presente aquel medio de prueba, antes de inadmitir esa prueba, porque omite aquellas exigencias (la indicación con claridad y precisión de los puntos sobre los cuales debe efectuarse), el tribunal debe fijar oportunidad a su promovente para que repare o subsane ese defecto, sin cuya corrección, por negligencia de su promovente, se impide al tribunal la admisión de esa prueba (en contrario, criterio de la Sala Politicoadministrativa, sentencia del 11-02-04, caso: Fisco Nacional contra Rayo Center, C.A.).

No obstante otras Salas del TSJ, no conformes con aquella doctrina (el deber de indicar qué se pretende probar con el medio de prueba ofrecido), han manifestado su disentimiento.

---

[107] Francisco Rubio Llorente y otros, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales,* pp. 268 y ss., Edit. Ariel, Barcelona, España, 1995.

En efecto, "(...) la norma del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, en ninguna parte establece la indicación del objeto de la prueba como requisito de validez de su promoción e interpreta que el artículo 398 *eiusdem,* sólo autoriza a declarar inadmisibles las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, lo cual no es cosa que pueda considerarse derivada de la circunstancia de no indicarse en la promoción el objeto de las mismas. Por lo demás, los hechos a que pueden referirse y sobre lo que pueden tener beligerancia las pruebas, quedan delimitados en el libelo y la contestación, sobre lo cual entonces estarán perfectamente al tanto las partes, excluyéndose así una posible deslealtad procesal, quedando para la sentencia definitiva el análisis y apreciación integral de las mismas y de su congruencia con el planteamiento del debate, en lo cual no estará el juzgador obligado por lo que el promovente pueda señalar que es el objeto respectivo (...)". (Sala de Casación Social, sentencia de fecha 19 de junio de 2003, caso: A. Farkas contra Polyplastic de Venezuela, C.A., sentencia Nº 382).

Además, "(...) El artículo 395 del Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente:... de la transcripción anterior, se evidencia que son medios de prueba admisibles en juicio, los que determina el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República, además de aquellos no prohibidos por la ley y que las partes consideren conducentes para la demostración de sus pretensiones. Puede igualmente apreciarse que la disposición antes citada no establece que para la admisión de una prueba deba señalarse expresamente cuál es el objeto de la misma; sin embargo, esta Sala considera que existen casos en los cuales resulta conveniente para las partes hacer tal señalamiento, pues sin duda alguna ello facilitaría la labor de valoración de las pruebas que debe desempeñar el juez al dictar sentencia. Lo que no puede, en ninguno de los casos es pretenderse de manera general que tal precisión sea de obligatorio cumplimiento, creando una carga para las partes no establecida expresamente por la ley (...)" (Sala Politicoadministrativa, sentencia de fecha 05-03-03). Es más, para esta Sala, cualquier intención o tendencia restrictiva respecto de la admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pre-

tensiones, en principio resulta totalmente incompatible con el sistema de libertad de pruebas consagrado en nuestro ordenamiento jurídico; y que dentro del análisis que el Juez haga de la legalidad o la pertinencia del medio probatorio, podrá declarar que "sólo cuando se trate de una prueba manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarda relación alguna con el hecho debatido, podrá ser declarada como ilegal o impertinente, y por tanto inadmisible (*Vid.* Sentencia de fecha 02-07-03, caso: Banco de Venezuela S.A.C.A. en apelación). Sin embargo, la misma Sala tiene un parecer contrario en sentencia del 11-02-04, antes mencionada (*Vid.* 9.3, *in fine*).

Como se observa de la *supra* citada decisión de la Sala Constitucional del TSJ, la no indicación del objeto de la prueba y la omisión de lo que se pretende probar con la misma, hacen que la prueba ofrecida sea ilegal al no poderse valorar la pertinencia de la misma, es decir, será –en ese caso– ilegal, no porque tal prueba se encuentre en contradicción con una norma legal, o se haya obtenido en violación de derechos fundamentales de la persona, sino porque no puede valorarse su pertinencia. El objeto de la prueba ofrecida, para su promovente son los alegatos continentes de los hechos afirmados; mientras el objeto de la prueba para el juez son los hechos en sí mismos. Por tanto, el objeto de una prueba será pertinente en la medida en que la misma evidencie relación entre las afirmaciones de las partes, con los hechos controvertidos.

2. DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA PRUEBA

¿A qué se refiere el debido proceso? A que el proceso se realice de manera justa, con todas las garantías. La mayor garantía jurisdiccional es el propio debido proceso. El debido proceso, como apunta Ronald Dworkin, se refiere a los procedimientos correctos para hacer cumplir las disposiciones y reglamentaciones producidas por el sistema; y debe aplicarse a todas las actuaciones judiciales y administrativas, con la finalidad de asegurar la corrección procesal, a través de la apreciación de la justicia o equidad observada durante la tramitación del propio pro-

ceso[108]; estando integrado, como está, por los contenidos normativos que estatuye el artículo 49 de la Constitución Nacional.

Según la Constitución Nacional, el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas (artículo 49); y como consecuencia de tal principio, la Ley Fundamental elabora un catálogo de garantías: (i) La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso; (ii) el derecho a ser notificada la persona de los cargos por los que se le investiga; (iii) el derecho de acceder a las pruebas, a su admisión, evacuación y valoración; dentro de las previsiones legales correspondientes; y el derecho a la nulidad de las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso; (iv) el derecho a disponer la persona del tiempo y los medios adecuados para ejercer su defensa; (v) la presunción de inocencia mientras no se prueba lo contrario; (vi) el derecho de la persona a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad; (vii) derecho de la persona a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales; (viii) ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; (ix) el derecho a no ser sometido a coacción para admitir o confesar un hecho; (x) el derecho de la persona a no ser sancionada por actos u omisiones que no estén previstos como delitos, faltas o infracciones en las leyes preexistentes; (xi) la prohibición de que la persona sea sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgada anteriormente; (xii) el derecho de toda persona a solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados; y, el derecho de exigir responsabilidad personal del magistrado o magistrada, del juez o la jueza.

[108] Alex Carocca Pérez, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, p. 173, Bosch editor, Barcelona, España, 1998.

Como se observa, el derecho de acceder a las pruebas ha adquirido rango constitucional de manera expresa, por primera vez en nuestro país, en la Constitución de 1999, cuando en su artículo 49 se establece que "El debido proceso se aplicará a las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. (...) Toda persona tiene derecho (...), de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso (...)"; con cuyo principio queda así establecida una íntima relación entre el *derecho a la prueba* y a la *defensa*, en donde aquél es consecuencia de éste, por lo que los tribunales están obligados a satisfacer esos derechos, sin desconocerlos ni obstaculizarlos; "siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación" (Tribunal Constitucional español, sentencia del 7 de diciembre de 1983). Por eso, el derecho a la prueba se vulnera, cuando se produce la indefensión por el juez al impedir la admisión de una prueba legal y pertinente; o cuando la admitida no es practicada. La persona tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva (artículo 26, CRBV), que no podrá lograrse sino por medio de la oportuna y necesaria prueba de los hechos litigiosos, pues la prueba forma parte del derecho a esa tutela como derecho a probar en el juicio las afirmaciones de hecho realizadas por las partes al fundamentar su pretensión.

Según la Sala Constitucional del TSJ, en sentencia de fecha 04-12-03 (caso: Anabel Rodríguez Bullones, en amparo contra sentencia), el derecho a la prueba se entiende "(...) como el derecho a promover y evacuar todas las pruebas lícitas a favor de lo que se alega, en tanto consecuencia del derecho a ser oído con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, (...)". Y agregaríamos que ese derecho consiste no sólo en la promoción y evacuación de las pruebas lícitas, sino también que las mismas sean pertinentes y valoradas o apreciadas, a fin de que las partes conozcan cuál es el criterio del juez respecto de ellas, pues el derecho a la prueba resulta entrañablemente inseparable del derecho a la defensa.

Como consecuencia de la progresiva socialización del proceso civil, nuestra Constitución define el proceso como un instrumento funda-

mental para la realización de la justicia (artículo 257), con lo cual no sólo se aprecia que el juez puede abrir de oficio la causa a pruebas con tal finalidad, sino que al mismo, por tanto, no le está permitido anticipar los resultados de la prueba, pues la pertinencia de un medio probatorio no puede apreciarse antes de su práctica, basándose en juicios apriorísticos de que la prueba propuesta no alcanzará los resultados que se pretenden. El fundamento de la prohibición se encuentra tanto en la correcta tutela de la imparcialidad del juez, como en el derecho de las partes a probar los hechos afirmados y discutidos en el proceso, puesto que, como queda demostrado, nuestro proceso judicial ha sido constitucionalizado, y de modo particular como ocurre con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución Nacional, que establece el derecho de acceder a las pruebas, que comporta la proposición del medio o de los medios adecuados para su admisión, práctica y valoración por el juzgador. La constitucionalización, más concretamente de las garantías procesales, pues la persona tiene el derecho como tal, en ejercicio del derecho a la defensa, a la utilización de todos los medios legales que le permitan ese ejercicio y con todas las garantías procesales (los medios procesales con los cuales tiene lugar su realización y eficacia), para obtener la justicia material del caso específico, pues al decir de Joan Picó I Junoy, la finalidad última del fenómeno de la constitucionalización de las garantías procesales no es otro que lograr la pretendida Justicia, reconocida en la Carta Magna como valor superior del ordenamiento jurídico[109].

El ejercicio del derecho a la prueba requiere, entre otros, fundamentalmente, la realización de tres (3) momentos procesales de especial importancia:

(i) *La admisión de la prueba promovida*, es decir, del medio probatorio establecido por el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República, así como cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, a tenor de lo establecido por el ar-

[109] *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, p. 21, Bosch, Barcelona, 1997.

tículo 395 del Código de Procedimiento Civil, pues la otra parte tiene el derecho a aceptar alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, o de oponerse a la admisión de las pruebas de ésta que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, según así lo contempla el artículo 397 *eiusdem*; mientras que el juez debe admitir las que sean legales y procedentes, y desechará las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, conforme lo dispone el artículo 398 *ibídem*; no obstante que esta norma procesal ahora está expuesta, por tratarse de ser una norma preconstitucional, a la necesaria adaptación a la Constitución Nacional vigente, pues el artículo 398, que contempla el "desechamiento" de la prueba a priori, debe sufrir tal adaptación; aun cuando aquellos principios a su vez demuestren que el derecho a la prueba no es absoluto, sino que tiene una limitación, por lo cual la misma debe adaptarse a las exigencias establecidas en la ley; siendo tales limitaciones la *pertinencia* de la prueba y su *legalidad*, incluyendo algún sector de la doctrina su formalidad y temporalidad. En cuanto a la pertinencia, para que el medio de prueba sea admitido, se requiere su pertinencia, es decir, que guarde relación con el objeto del proceso, con el *thema decidendum*, por lo cual ese "desechamiento" por impertinencia o ilegalidad, al no ser apriorístico, según lo que hemos discutido antes, el mismo debe quedar para después de que tenga lugar, o haya podido tener lugar, el ejercicio del derecho de contradecir el medio de prueba ofrecido, o audiencia bilateral, con fundamento en el principio constitucional según el cual toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso con las debidas garantías (3, artículo 49) (*audiatur et altera pars* y *nemo inauditus dannari potest:* nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio); para hacer posible que las partes puedan participar en igualdad de condiciones en el propio control de la prueba, pues el contradictorio no es un requisito extrínseco del proceso sino intrínseco al mismo como consecuencia del derecho de defensa; máxime que como discutimos *infra* (*Vid*. Caps. XIV y XV), el actual Código de Procedimiento Civil, en ninguna de sus normas se sanciona al promovente de la prueba con inadmitírsele la misma, si al momento de ofrecerla no expone la materia u objeto de la prueba; aun cuando la Sala de Casación Civil del TSJ ha sido muy severa en cuanto a la admisión de las pruebas y su valoración por el juzgador de instancia, en relación

con el deber que le atribuye al promovente de la misma, de indicar qué pretende probar con la prueba, pues en sentencia de fecha 16 de noviembre de 2001 (exp. 00-132), decidió que "al momento de ser promovida la prueba, el promovente debe exponer la materia u objeto de la prueba, a fin de que se conozca qué es lo que se pretende o quiere probar, pues si no se cumple con tal requisito ***no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba***"; afirmando, por su parte, la Sala Constitucional en sentencia de fecha 11 de julio de 2003 (caso: Puertos de Sucre, S.A.), que "cuando se promueve una prueba debe indicarse cuál es el ***objeto*** de la misma y ***qué se pretende probar*** con ella, porque de lo contrario dicha prueba será ***ilegal*** al no poderse valorar la ***pertinencia*** y, por tanto, ***inadmisible***" (resaltado nuestro).

Es que conforme al número 1 del artículo 49 de la Constitución Nacional alegamos que aquí está inmersa la prohibición de establecer obstáculos que impidan la prueba y su relación en la praxis, o la hagan difícil o imposible. Incluso, en la doctrina se discute y afirma a favor de la admisión y eficacia de la prueba ilegal o irregular, alegándose: **(a)** El principio de la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y la justicia como fin de todo proceso, hasta el punto que la inadmisión de esa prueba ilegal o irregular puede conducir a la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva, causando indefensión y, esencialmente, cuando la prueba pudiere ser la única disponible para demostrar los hechos controvertidos, y que el juez debe libremente apreciar o valorar; **(b)** el carácter "metajurídico" de la prueba que al decir de Muñoz Sabaté, la prueba en sí misma considerada tiene un carácter metajurídico, como actividad de reconstrucción o descubrimiento de unos hechos que tienen por objeto trasladarlos a presencia judicial, por lo que sus resultados no deben medirse en términos de moralidad sino de verosimilitud. Ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado de propósito. Querer exigir algo más es querer hacer política[110]; **(c)** la autonomía de las normas procesales respecto de las materiales, pues,

[110] *Técnica Probatoria*, 4ª edic., p. 78.

como fundamenta Schöenke, la incorporación al proceso de fuentes probatorias es independiente de la forma legal o ilegal en que hayan sido obtenidas, y sólo la prueba lograda vulnerando las normas de enjuiciamiento debe ser rechazada por el juzgador. Esta autonomía del ordenamiento procesal supone que de la ilicitud material del acto adquisitivo de un elemento probatorio no puede derivarse la inadmisibilidad del acto procesal que permite dicha prueba. Ambos actos operan en planos distintos, por lo que la antijuricidad material deje sin prejuzgar la admisibilidad de la prueba[111]; **(d)** la no doble sanción por un mismo acto, que la doctrina afirma ante la indebida acumulación de sanciones que supone la inadmisibilidad de la prueba ilícita y la responsabilidad que la misma puede causar; **(e)** el principio *male captum, bene retentum*, en cuanto a la disponibilidad física del elemento probatorio, su posesión material, más que en el modo de adquisición; y, **(f)** el principio *factum infectum fieri nequit*, con fundamento en que lo realizado o hecho no puede devenir no realizado o no hecho, por lo cual se confiere cierta eficacia y validez a la prueba ilegal o irregular.

No obstante, en contra del señalado criterio se antepone la argumentación en cuanto a que el proceso como instrumento para la solución de conflictos, está sometido al respeto del ordenamiento jurídico; el efecto disuasorio y garantizador de la eficacia de la norma vulnerada, de modo que, por una parte, con la inadmisión de la prueba se disuade a los potenciales infractores del orden jurídico para que no repitan la práctica, y por la otra con la inadmisión de la prueba ilegal se protege la norma vulnerada; que los actos ilícitos no pueden aprovechar o dar beneficio al autor de los mismos (*nemo ex delicto conditionem suam meliorem facere potest*); que de la nulidad del acto material de obtención del elemento probatorio deviene la nulidad posterior de toda su eventual eficacia (*quod nullum est, nullum producit effectum*); la necesaria o debida sanción al fraude a la ley, y, la inadmisión de la prueba ilegal.

[111] *Límites de la Prueba en el Derecho Procesal*, p. 376, edic. 1955.

El medio probatorio ofrecido ya no puede ser renunciado o desistido. La prueba se adquiere para el proceso y no para quien la promueve. En consecuencia, si el promovente no indica qué pretende probar con ese medio probatorio ¿no será esta omisión una forma de desistimiento o renuncia a la prueba promovida? ¿Es que acaso el juez no puede, en todo caso, ordenar la práctica de la prueba si la considera conducente a la solución de la causa? Por ejemplo, para la decisión de la causa en Primera Instancia en el proceso civil, una vez concluido el lapso probatorio, el juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias: Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlo libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro; exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario; la comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes; que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro; y, que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos. El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación. Cumplidas las diligencias, se oirán las observaciones de las partes en el acto de informes (artículo 401, CPC). Además de que el juez, después de presentados los informes dentro del lapso perentorio de quince días, podrá, si lo juzgare procedente, dictar auto para mejor proveer, en el cual podrá acordar la realización de los actos a que se refiere el artículo 514 *eiusdem*. ¿Por qué se conceden al juzgador esas facultades?

Al juez no corresponde presentar la fuente probatoria (los hechos afirmados), sino a las partes en el proceso, pero sí puede disponer de los medios que hayan sido propuestos por aquéllas, a fin de que se demues-

tre el hecho (fuente) en la búsqueda de la justicia del caso específico y particular de que conoce. El juez no puede presentar o legar hechos, sino verificar, investigar y averiguar los afirmados por las partes. Esto es parte del principio dispositivo que no puede renunciarse. Lo fundamental en tal caso, es que el objetivo esencial de la función jurisdiccional es la justicia como valor superior. Por eso los formalismos enervantes que pudieren utilizarse como obstáculo en la admisión de la prueba, deben ser objeto de rechazo.

(ii) *Evacuación de la prueba,* como derecho de la parte promovente a la realización de la prueba admitida, o que de no ser admitida (cuando el tribunal omite pronunciamiento sobre su admisión), sin mediar oposición de la otra parte, se proceda a la práctica de la misma aun sin providencia de admisión, tal como lo prevé el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil. Y esto es así, porque la no realización o práctica por el tribunal de la prueba que haya sido admitida, puede constituir denegación del derecho a la prueba (salvo la negligencia del promovente) en violación del principio constitucional, según el cual toda persona tiene derecho de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa (Nº 1, artículo 49, CRBV).

De nada valdría la admisión de la prueba si no se procede a la realización o práctica de la misma, con la intervención no sólo del promovente sino también de la otra parte; e incluso la intervención de las partes cuando se involucra el ejercicio del derecho a la defensa, en los casos que el medio probatorio haya sido ordenado por iniciativa del tribunal cuando éste pueda actuar de tal manera, tratándose de las denominadas *diligencias* a que aluden los artículos 401, 514 y 520 *in fine,* del Código de Procedimiento Civil.

En la praxis, la no realización por el tribunal de la prueba admitida produce, como consecuencia, lo mismo que su inadmisión previa (indefensión) cuando es legal y pertinente a los hechos de la causa, a menos que la prueba no tenga ninguna influencia determinante en el resultado del proceso. En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que en ningún momento se ocasione indefensión, en orden al respeto y garantía del derecho a la defensa contradictoria de los sujetos de la litis, a través

de la oportunidad de alegar y probar sus afirmaciones, los derechos que pretenden les corresponde.

(iii) *Valoración de la prueba*, como deber del juez de analizar y juzgar las pruebas producidas que conduzcan a la fijación del hecho controvertido, expresándose siempre cuál es el criterio del juzgador respecto de las mismas, pues en caso contrario (cuando la prueba es ignorada y los datos de hecho son relevantes para la solución de la controversia y el juzgador ni siquiera la menciona, o cuando refiere su existencia pero no expresa su mérito probatorio) la sentencia incurrirá en el vicio de silencio de prueba, denunciable en casación por cualquiera de las partes (puesto que al ser incorporada al proceso la prueba pertenece a éste y no a su promovente) a tenor de lo pautado en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, según el criterio vigente de la Sala de Casación Civil del TSJ, pero no unánime y que ha sido revisado en más de una ocasión por la misma Sala, dadas sus especiales características que da lugar a su estudio y revisión, con vista a la inconformidad y variedad de opiniones sobre el tema; con fundamento en la violación del artículo 509 *eiusdem* por falta de aplicación, en concordancia con el motivo de excepción del artículo 320 *ibídem*, que permite a la Sala examinar las actas procesales y extenderse al establecimiento y apreciación de los hechos y de las pruebas.

El juez debe justificar su sentencia sobre bases objetivas, de modo racional, sin contradicciones internas o errores lógicos, de tal manera que se atribuya determinada eficacia (su valor y fuerza) a cada elemento de prueba que pueda subsumirse en la norma que ha de ser aplicada para la solución de la controversia (efecto determinante en la misma), para llegar a la convicción que determinada prueba demuestra el hecho afirmado, y no que por la simple presencia de un elemento irrelevante, sin esa influencia decisiva (determinante), se produzca una reposición inútil. Para ello el juez tiene que cumplir un proceso de estudio racional y consciente, mediante la *percepción de los hechos* a través de los sentidos, que le permiten observar o captar, con el medio de prueba realizado, el hecho que se afirmó; así como la *reconstrucción o representación histórica* del hecho observado por medio de la prueba relevante, con el necesario *razonamiento.* Mediante la inducción el juez

obtiene de los hechos particulares una conclusión general, por medio del razonamiento lógico.

El deber de indicar en la sentencia los motivos que conducen al juzgador a determinada convicción, constituye una garantía constitucional dentro de la actividad probatoria. Por eso, la valoración de la prueba requiere de la mayor justificación posible, que se obtiene cuando el juez establece los hechos con fundamento en la prueba practicada o realizada en el proceso, y con las debidas garantías procesales.

Con la debida motivación de la sentencia, se permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad, pues la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley (artículo 253, CRBV); se logra el sometimiento del Juez al imperio de la ley, pues el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257 *eiusdem*); permite el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, suprimiendo así la angustia sobre la arbitrariedad; no obstante que para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuando se trata del ***recurso de revisión*** de las sentencias dictadas por las demás Salas del mismo o por los demás juzgados del país, ella afirma y confirma su criterio según el cual en cualquier caso puede *desestimar la revisión del fallo sin motivación alguna,* cuando según su criterio constate que la decisión que ha de revisarse en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, es decir, que únicamente la Sala Constitucional del TSJ no está obligada a dar las razones o motivos de su decisión en ese caso concreto (criterio en sentencia Nº 93 del 06-02-01, ratificado entre otros fallos los de fechas 18-06-03, y del 13-11-03).

Mediante el raciocinio se permite el conocimiento del contenido de lo que afirma el juzgador en la sentencia, que concede garantizar el control de la misma por los tribunales superiores que conozcan de los respectivos recursos. O como afirma Ferrajoli, citado por Sergi Guasch Fernández, la motivación tiene una finalidad endoprocesal y otra de ca-

rácter extraprocesal. Endoprocesal como garantía de defensa y extraprocesal como garantía de publicidad[112].

Prácticamente ningún sentido tendría la administración de justicia sin el derecho a la prueba, y no sólo éste sino a que luego de ofrecida en el proceso, no siendo ilegal o impertinente, sea admitida, practicada y valorada en la definitiva para la tutela judicial efectiva de ese derecho en la solución del caso concreto. Ese derecho a la prueba, en toda su dimensión procesal, está inseparablemente unido al derecho a la defensa, pues de nada valdría tener aquel derecho sin poder ejercerlo; o como afirma el antiguo adagio: "Tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo"; o en palabras de Sentís Melendo, la prueba constituye la zona, no sólo de mayor interés, sino también neurálgica del proceso; la prueba da carácter al proceso; un proceso es más o menos liberal, más o menos autoritario, sobre todo en razón de la libertad o del autoritarismo, que denomina la materia de la prueba[113]. Es como si estuviésemos hablando, comparativamente, de la columna vertebral sin la que el ser humano no podría sostenerse en posición vertical, equivalente a la prueba en el proceso sin la cual la "verdad" permanecería cautiva. El derecho de acceder a la prueba (Nº 1 artículo 49, CRBV) no es letra decorativa en el texto constitucional, y todo cuanto constituye un formalismo enervante en la admisión de la prueba, debe objetarse, máxime si ese formalismo pudiere devenir de la interpretación literal o acomodaticia de la norma que regula la admisión de la prueba, aislada del texto constitucional que ha constitucionalizado el proceso y, por tanto, el derecho a la prueba, pues como predicó San Pablo, aun cuando en otro ámbito, "La Ley escrita da muerte, mientras que el Espíritu da vida" (2 Cor. 6).

En efecto, cuando la norma expresa de qué manera debe ofrecerse el medio probatorio, si el promovente no actúa así y se carga a la parte la omisión de su representación judicial, impidiéndose de tal modo, que

[112] *Ob. Cit.*, p. 450.
[113] *El Proceso Civil,* Vol. 1, p. 182, Edit. Ejea, Buenos Aires.

lleve a la convicción al juzgador, la veracidad del hecho afirmado, pues el Juez en el proceso dispositivo no atiende al deber de inquirir la verdad jurídica (certeza) de ese hecho sino que opta por la vía más fácil: inadmitir el medio probatorio ofrecido, en cuyo caso la letra de la ley enerva el derecho de la parte a que se averigüe ese hecho afirmado y no admitido por la otra parte; y si no es la letra de la norma la que expresamente exige que el medio probatorio debe ofrecerse de determinada manera, entonces pudiere ocurrir que la interpretación del juzgador haga derivar de la norma consecuencias que la misma no indica o previene, en posible infracción de la norma constitucional que garantiza el derecho a la prueba (1, artículo 49, CRBV) y a la práctica y valoración de la prueba, como forma necesaria para que el proceso sea efectivamente un instrumento para la realización de la justicia. En el caso de la prueba de testigos, si su promovente indica qué pretende probar con los mismos, ¿qué puede ocurrir en la realidad? En el supuesto que los testigos rindan su declaración, alguno de los mismos, varios o todos, en sus deposiciones pueden manifestar hechos diferentes a los que su promovente indicó quería probar, o simplemente sus deposiciones se refieren a lo que pretende el promovente. Si ocurre lo primero ¿para qué sirvió la prueba en relación con los testigos que nada aportaron a la solución de la controversia? Y no obstante, la prueba fue admitida en cuanto a los mismos. En cambio, si su promovente no dijo qué pretendía probar con la misma, de haber sido admitida y las deposiciones de varios o de todos concuerdan entre sí con las demás pruebas, o simplemente se refieren de modo terminante a los hechos de la controversia, en cuyo caso ¿cómo apreciará el juzgador tales deposiciones? *mutatis mutandis,* para el caso de las posiciones juradas, los instrumentos privados o públicos, y otros medios probatorios diferentes a la inspección judicial y la de peritos, en el proceso civil.

El demandante afirma los hechos y el demandado los admite o niega. Sin la prueba de los hechos no admitidos, salvo los hechos notorios que no deben ser probados (artículo 506, CPC), el derecho hecho valer carecería de sentido alguno, pues no habría manera de obtener la tutela de ese derecho y el restablecimiento del derecho conculcado. El derecho a

la prueba es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República. En el proceso no puede obtenerse la tutela judicial efectiva, sino a través de la prueba de los hechos controvertidos. Sin embargo, no significa que el medio de prueba ofrecido debe admitirse en todo caso, pues ese derecho no es absoluto, tiene sus límites (legalidad y pertinencia de la prueba) como salvaguarda de los derechos de la otra parte y de la propia realización de la justicia del caso concreto. No obstante, como hemos observado en otro lugar, siempre será preferible admitir la prueba aunque pudiera incurrirse en un exceso por parte del juez, que negar su admisión, pues ese exceso más bien beneficia en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva del hecho afirmado y de la justicia, que el daño que pudiera causarse. ¿No es cuando se juzga o valora la prueba, que puede determinarse con mayor conocimiento de causa si el medio ofrecido resulta conducente o no para la solución de la controversia?

La justicia no es un valor ajeno y contrario al orden jurídico positivo –sostiene el Tribunal Constitucional español– sino uno de los valores superiores del mismo. No es lícito sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional (...) en aras de una justicia material que, entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico, inadmisible para el juzgador[114]. Por eso, cuando se afirma que si el promovente del medio probatorio no indica qué pretende probar con el mismo, éste es inadmisible; tal interpretación de la norma podrá constituir una posible desviación ideológica y teleológica de la misma, pues la interpretación tiene que realizarse con fundamento en la Constitución, resultando necesario buscar el verdadero sentido de la norma a la luz de la Carta Fundamental, haciendo que ésta la permeabilice e ilumine, para que se comprenda que su finalidad no puede consistir en un obstáculo al derecho a probar, sino más bien en facilitar la prueba del hecho o de los hechos afirmados y controvertidos. Esto no se obtiene interpretando la norma extensivamente para concederle unos resultados o consecuencias que obstaculicen la búsqueda de esa *"verdad",* estableciendo otros

[114] Francisco Rubio Llorente y otros, *Ob. Cit.*, p. 5.

límites diferentes a los indicados en la Ley, que impidan la realización de la prueba, sino, por el contrario, concebir restrictivamente esos límites al ejercicio de ese derecho a la prueba (legalidad y pertinencia), para que a través de la convicción que la misma (prueba) lleve al juez en la solución de la controversia, con fundamentos en esos hechos y la norma aplicable.

Una vez introducida legalmente al proceso, la misma no pertenece a quien la ofrece, sino al proceso mismo, pues beneficia no sólo a su promovente sino que también puede favorecer a la otra parte, en cuyo caso el medio probatorio ofrecido ya no puede ser renunciado o desistido. La prueba se adquiere para el proceso y no para quien la promueve. En consecuencia, si el promovente no indica qué pretende probar con el medio probatorio ofrecido ¿no será esta omisión una forma de desistimiento o renunciar a la prueba promovida? ¿Es que, acaso el juez no puede, en todo caso, ordenar la práctica de la prueba si la considera conducente a la solución de la causa? Por ejemplo, para la decisión de la causa en Primera Instancia en el proceso civil, una vez concluido el lapso probatorio, el juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias: Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro; exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario; la comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes; que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro; y, que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos. El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación. Cumplidas las diligencias, se oirán las

observaciones de las partes en el acto de informes (artículo 401, CPC). Además de que el juez, después de presentados los informes dentro del lapso perentorio de quince días, podrá, si lo juzgare procedente, dictar auto para mejor proveer, en el cual podrá acordar la realización de los actos a que se refiere el artículo 514 *eiusdem.* ¿Por qué se conceden al juzgador esas facultades?

Se dice que al juez no corresponde presentar la fuente probatoria (los hechos afirmados), sino a las partes en el proceso, pero sí puede disponer de los medios que hayan sido propuestos por aquéllas, a fin de que se demuestre el hecho (fuente) en la búsqueda de la justicia del caso específico y particular de que conoce. El Juez no puede presentar o alegar hechos, sino verificar, investigar o averiguar los afirmados por las partes. Esto es parte del principio dispositivo que no puede renunciarse. Es que la investigación, afirmación y acreditación –como apunta Arazi– son los pasos que exige el proceso judicial para que los hechos se consideren probados. La investigación podrá hacerla el juez de instrucción criminal, el abogado antes de iniciar el proceso civil, e incluso, el juez civil en ciertas circunstancias[115]. Lo fundamental, en tal caso, es que el objetivo esencial de la función jurisdiccional es la justicia, como valor superior. Por eso los formalismos enervantes que pudieran utilizarse, como obstáculo en la admisión de la prueba, deben objetarse, pues impiden la realización de ese valor superior, que posiblemente consiste en dar a cada parte lo que le corresponde en ejercicio de su derecho en el proceso. De allí que pudiera pensarse que si el promovente del medio probatorio no indica qué pretende probar con el mismo en el juicio, el juez no por esa omisión debe declarar inadmisible la prueba, puesto que existe la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, bajo el riesgo de que se coarte, con la inadmisibilidad de la prueba, la iniciativa probatoria, el derecho de acceso a la prueba, en cuyo caso se coloca en duda el proceso como un instrumento para la realización de la justicia (artículo 257, CRBV).

[115] *Los Principios Procesales de la Prueba,* en La Prueba, *Ob. Cit.*, p. 31.

Nuestra legislación exige que en libelo de la demanda, entre otros contenidos o requisitos, se exprese "La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión (...)" (Nº 6, artículo 340 CPC); y que el demandado en la contestación deberá expresar con claridad si la contradice en todo o en parte, o si conviene en ella absolutamente o con alguna limitación (artículo 361, CPC) y al día siguiente del vencimiento del lapso del emplazamiento para la contestación de la demanda, sin haberse logrado la conciliación ni el convenimiento del demandado, quedará el juicio abierto a pruebas sin necesidad de decreto o providencia del juez, a menos que, por deberse decidir el asunto sin prueba, el juez lo declare así en el día siguiente a dicho lapso (artículo 388, CPC). Por eso, las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho (artículo 506, CPC), a menos que el hecho afirmado esté excluido del tema o necesidad de prueba en el proceso, como ocurre con los hechos admitidos o confesados, los presumidos o prohibidos por la ley, los impertinentes, irrelevantes, imposibles e inconducentes, los hechos indefinidos, los notorios (artículo 506, CPC). De allí que como cada parte tiene derecho de acceder a la prueba legal y pertinente (1, artículo 49, CRBV) ante la necesidad de probar los hechos controvertidos; y luego de ofrecido el medio probatorio en el proceso e incorporado a éste, pueden suceder varias situaciones en orden a la prueba: 1.- Que la parte a quien se opone el medio ofrecido, dentro de los tres días siguientes al término de promoción de pruebas, convenga en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolo con claridad, a fin de que el juez pueda fijar con precisión los hechos admitidos, en cuyo caso tales hechos no serán objeto de prueba. 2.- Que dentro de esa misma oportunidad temporal, la contraparte contradiga esos hechos o simplemente que nada exprese con relación a los mismos, en cuyo caso se considerarán contradichos los hechos que trata de probar la contraparte. 3.- Que dentro del mencionado lapso las partes se opongan recíprocamente a la admisión de las pruebas, por razones de impertinencia o ilegalidad (artículo 397, CPC). De la lectura de esta norma procesal puede apreciarse que la parte a quien se opone la prueba, dentro del mencionado lapso de tres días, no está obligada a manifestar si admite o no los hechos que pretende probar la contraparte, pues el silencio al respecto se entiende como contradicción de los mismos, y la norma *in commento* no

exige que el promovente precise o indique qué hechos pretende probar con el medio de prueba ofrecido, como requisito fundamental para que el juez pueda fijar los hechos en que estén de acuerdo las partes, pues el artículo 397 *eiusdem* sólo hace referencia a tal fijación (de los hechos) cuando la otra parte conviene en alguno o algunos de los hechos que trate de probar el promovente de la prueba.

Literalmente pareciera entenderse que la norma procesal antes mencionada exige al promovente de la prueba, que indique los hechos que pretende probar con el medio ofrecido, para que la otra parte pueda conocer cuáles son esos hechos, y así admitirlos o negarlos, y para que sólo así el juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo las partes; pero no es así porque en la norma procesal, aun cuando se exige el cumplimiento de un deber a cada parte ("dentro de los tres días siguientes al término de la promoción, cada parte **deberá** expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trate de probar la contraparte"); sin embargo, si la parte contraria no cumple con esa formalidad nada ocurre en su contra, pues la misma norma indica que ante el silencio los hechos se consideran contradichos. Y si el promovente no indica qué hechos pretende probar con el medio ofrecido ¿cómo hace la contraparte para conocer qué hechos pretende probar quien ofrece el medio probatorio? A esas alturas del proceso en nuestro sistema procesal, las partes conocen recíprocamente los hechos que cada uno pretende probar, pues el ordinal 5º del artículo 340 del Código de Procedimiento exige que el libelo de la demanda deberá expresar "La *relación de los hechos* y los fundamentos de derecho en que se basa la pretensión, con las pertinentes conclusiones" (destacado nuestro). La expresión *"relación de los hechos"* se traduce por referencia que se hace de un hecho o de varios, así como la enumeración de tales hechos; relato o narración de los mismos. Y el demandado, por su parte, en la contestación de la demanda, deberá expresar con claridad si los contradice en todo o en parte, o si conviene en ella absolutamente o con alguna limitación, y las razones, defensas o excepciones perentorias que creyere conveniente alegar (artículo 361, CPC).

Como se observa, desde el acto de contestación de la demanda, o de la reconvención, si la hubiere, no sólo las partes sino el juez desde ese

momento conocen los hechos afirmados o alegados por las partes, en los que están de acuerdo o desacuerdo. Por eso, el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil no exige a cada parte indicar los hechos que pretende probar la promovente de la prueba, para que sólo así el juez pueda fijar los hechos en que estén de acuerdo para que los mismos no sean objeto de prueba (los hechos admitidos); y si la parte a quien se opone el medio probatorio ofrecido los admite, es porque al estudiar esa prueba conoce cuáles son los hechos alegados en la demanda y en su contestación, o en la reconvención y su contestación; en las defensas o excepciones perentorias que se alegaren. Por supuesto, que como ya hemos observado, para la prueba de experticia (peritos) e inspección judicial, el promovente debe indicar qué hechos pretende demostrar en estos medios probatorios; y en el caso por ejemplo, de la prueba de testigos, la confesión provocada, en otros, si su promovente no indica qué hechos pretende probar con los mismos, la no indicación no significa que la pruebe es ilegal e impertinente (*Vid.* Cap. IX). La ilegalidad la puede conocer o constatar tanto la contraparte como el juez, con la misma ley o la Constitución Nacional cuando se trate de un medio probatorio obtenido en violación de derechos fundamentales de la persona; y la impertinencia, al no guardar relación con los hechos alegados, se puede determinar en el momento en que el juez providencie los escritos de pruebas para su admisión o inadmisión (artículo 398 CPC), como en el caso del instrumento público o privado donde se pueden constatar fácilmente los hechos allí contenidos, y si guardan o no relación con los hechos afirmados con anterioridad por su promovente; sino también en la oportunidad de la sentencia definitiva, cuando el juzgador está obligado a valorar o analizar las pruebas (artículo 509 CPC). Por eso, como hemos observado en varias ocasiones, es preferible admitir la prueba bajo el prisma de la garantía constitucional de la tutela judicial a que alude el artículo 26 de la Constitución Nacional, puesto que su promovente tiene derecho a obtener esa tutela, independientemente de que la decisión le sea favorable o adversa, que no puede obtenerse sino mediante la necesaria y oportuna prueba de los hechos controvertidos; que inadmitir la prueba, con lo cual se quitaría toda posibilidad al promovente del ejercicio de su derecho a la defensa y a esa tutela judicial efectiva, máxime cuando el fin de la prueba es llevar al

juzgador la convicción de que a través de la misma puede conocer la certeza de esos hechos.

A propósito, el legislador español ha superado con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (1/2000, de 7 de enero), la situación *in commento,* facilitando el acceso de las partes a su derecho a la prueba, sin obstáculos enervantes del mismo, al exigir que en la demanda se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho, y se fijará con claridad lo que se pida, debiendo narrarse los hechos en forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar (artículo 399), quien deberá admitir o negar los hechos aducidos por el actor, pues el tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sea perjudiciales (artículo 405). Si el demandado alegare en la contestación a la demanda la falta de claridad o precisión de ésta en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas, o si el actor adujere en la *audiencia* esos mismos defectos en la contestación o en la reconvención, o si, de oficio, el tribunal apreciare unos u otros, admitirá en el acto de la *audiencia* (la audiencia previa al juicio) las aclaraciones o precisiones oportunas. En caso de no formularse aclaraciones y precisiones, el tribunal sólo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor, o, en su caso, del demandado en la reconvención, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones (artículo 424). Y para que no quede ninguna duda de que el fin de la prueba es llevar la convicción al juez de la verdad de los hechos controvertidos, una vez contestada la demanda y, en su caso la reconvención, o transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal dentro del tercer día convocará a las partes a una *audiencia* que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran optar a la prosecución de éste, y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre lo que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba (artículo 414). Es más, de no producirse la transacción entre las partes

convocadas a la referida audiencia (audiencia previa al juicio), ésta continuará para que las partes o sus defensores, con el tribunal, fijen los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad de los litigantes (artículo 428). De no haber todavía acuerdo de las partes para finalizar el litigio, ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Y para apuntalar con mayor precisión y claridad la función del juez o tribunal, en cuanto a que el proceso debe ser un instrumento para la realización de la justicia, si el tribunal considerare que las pruebas ofrecidas por las partes no son suficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados para la insuficiencia probatoria; y al efectuar esta manifestación el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. Las partes, en consecuencia, podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal; y una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles, el tribunal procederá a señalar la fecha del juicio, que deberá celebrarse en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia (artículo 429); juicio que tendrá por objeto la práctica de las pruebas de relación de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos (artículo 431).

En las Reglas de Procedimiento Civil de 1979, de Puerto Rico, tratándose de lo relacionado con la audiencia preliminar al juicio (materia contemplada en la citada Ley de Enjuiciamiento Civil española), estatuye que "En cualquier pleito el tribunal podrá, en el ejercicio de su discreción, ordenar a los abogados de las partes que comparezcan a una conferencia para considerar: a) La simplificación de las cuestiones litigiosas; b) La necesidad o conveniencia de enmendar las alegaciones; c) La posibilidad de obtener admisiones de hechos y de documentos en evitación de prueba innecesaria; (...) f) Cualesquiera otras medidas que puedan facilitar la más pronta terminación del pleito. El tribunal dictará una orden en que expondrá lo acordado en la conferencia, las enmiendas que se hubieren permitido a las alegaciones y las estipulaciones de las

partes en relación con cualesquiera de los asuntos considerados y que limiten las cuestiones litigiosas a ser consideradas en el juicio, a aquellas no resueltas mediante admisiones o estipulaciones de los abogados; y dicha orden, una vez dictada, gobernará el curso subsiguiente del pleito, a menos que sea modificada en el juicio para impedir manifiesta injusticia...” (Regla 37.1). Y, “En los casos señalados para conferencia con antelación al juicio, los abogados de las partes se reunirán entre sí informalmente por lo menos diez (10) días antes de la fecha señalada para la misma con los siguientes propósitos: (1) Estipular por escrito los hechos no controvertidos y exponer los hechos en controversia. (2) Intercambiar listas de testigos potenciales acorde con el descubrimiento de prueba habido (...) (6) Concretar al límite reducible la controversia de hechos y de derecho a ser sometida para decisión judicial... (7) Discutir la posible transacción del caso. (8) Considerar cualesquiera otras medidas de las contempladas en la Regla 37.1. Los abogados de las partes deberán someter a la secretaría de la sala del Tribunal de Primera Instancia en que esté el caso radicado, con no menos de cinco (5) días de anterioridad a la fecha señalada para la conferencia, un proyecto de orden de la conferencia a celebrarse, en original y cuantas copias sean necesarias para notificar a todas las partes” (Regla 37.2). Y ante la no comparecencia de una de las partes, se establece: “Si una parte dejare de comparecer, se negare a participar o compareciere sin estar debidamente preparada, a una conferencia preliminar al juicio o a la conferencia entre abogados, o incumpliere cualquier orden del tribunal, éste podrá desestimar la demanda, eliminar las alegaciones del demandado, condenar al pago de costas y honorarios de abogado o dictar cualquiera otra orden que fuere justa” (Regla 37.3).

El artículo 75 del Código de Procedimiento Civil colombiano, en lo atinente al contenido de la demanda, en los numerales 6, 7 y 10, establece que la misma deberá contener: “6.- Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados. 7.- Los fundamentos de derecho que se invoquen. 10.- La petición de las pruebas que el demandante pretenda hacer valer”. En relación a la contestación de la demanda, el numeral 2 del artículo 92, estatuye que la misma deberá contener “Un pronunciamiento expreso

sobre las pretensiones y los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten y los que se niegan. En caso de no constarle un hecho, el demandado deberá manifestarlo así".

En relación al nuevo Código de Procedimiento Civil uruguayo, Véscovi[116] da a conocer que se registra un considerable aumento de los poderes del juez, en general; y que en materia de prueba, sin desmedro del principio dispositivo, se faculta al juez: A) "Para ordenar las diligencias necesarias al establecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes".

3. LOS FORMALISMOS Y EL OBJETO DE LA PRUEBA

El formalismo es consecuencia del positivismo. A fuerza de entender –como enseña Antonio Hernández Gil– que derecho es lo dado, lo establecido como tal, se llega a la conclusión de que cualquier "contenido" puede ser derecho. La indiferencia ante el contenido trae a su vez como resultado, no ya la posibilidad, sino incluso la necesidad de prescindir de él, ateniéndose el jurista sólo al elemento formal. Tal actitud es recusable. El derecho, y en particular en las proposiciones jurídicas, hay que distinguir y considerar, de una parte, como elemento intrínseco, el contenido o sustancia; y de otra, como elemento extrínseco, la forma –la causa formal en el sentido escolástico–, la expresión jurídica que recibe aquel contenido, trasformándose en norma. La materia que se recoge en la norma como contenido tiene antes una existencia o una validez social o moral. Al adquirir una expresión jurídica, al imponerse como tal, no puede decirse que continúe siendo –como afirma el formalismo– una materia extrajurídica de la que debe prescindir la investigación propiamente jurídica. Se transforma en materia jurídica, no sólo porque se la inviste de una forma de ese tipo, sino sobre todo, porque adquiere una validez como tal, y así, determinados actos humanos –aquellos que genéricamente se delimiten en el supuesto de hecho de la norma– han de

[116] Art. 24.4. De su libro *La reforma de la Justicia Civil en Latinoamérica*, pp. 44 y ss., edic. Temis S.A., Bogotá, 1996.

ajustarse imperativa o supletivamente a ella, los cuales, en su virtud, adquirirán una significación jurídica que antes no tenían o, en su caso, adquirirán una significación jurídica distinta de la que tuvieron[117]. Refiere Norberto Bobbio (quien junto con Ross) es uno de los filósofos más representativos de las doctrinas positivistas de nuestro tiempo, si tuviese que escribir un estudio acerca de las orientaciones de la teoría del derecho en Italia después de la guerra, quizás no podría resistir a la tentación de hacer mío el título del afortunado libro de Morton White sobre la cultura norteamericana de la época de F. D. Roosevelt: *la rebelión contra el formalismo*[118].

Lo mismo podrá decirse en Venezuela, en donde los formalismos han sido casi una "metodología" (ritual) enervante de los derechos de acceso a la justicia, a la defensa, del debido proceso; no obstante que ahora la Constitución Nacional en varias de sus normas establece: "(...) El Estado garantizará una justicia (...) **sin formalismos** (...) inútiles" (artículo 26); pues "El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (...). No se sacrificará la justicia por la omisión de **formalidades no esenciales**" (destacado nuestro, artículo 257 *eiusdem*). Sin embargo, para que el ciudadano o la persona acceda a la justicia, para que sea oído, para que se le "permita" defenderse, tiene que cumplir una pluralidad de formalidades no esenciales impuesta por muchos de los operadores judiciales (incorporar a la demanda exigencias que la ley no exige, formas y modelos ritualistas durante el proceso que chocan con la ley y la Constitución, en desmedro de una justicia expedita, pronta y eficaz; nuestro modelo recursivo y en especial el casacional puramente formalista, entre otras formas acomodaticias y rituales); a diferencia del recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en donde el recurso comunitario carece de rigor alguno, apunta Nieva Fenoll, pues de hecho las normas de procedimiento han intentado seguir el principio de eficacia antes que el

[117] *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Vol. 1, pp. 188 y 189, Madrid, 1971.
[118] *El Problema del Positivismo Jurídico*, p. 11; Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2001.

de rigor formal. El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia no tendría ni más ni menos rigor formal que tiene la formulación de una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia. En estas condiciones, el formalismo en el recurso que nos ocupa está prácticamente ausente. Decimos prácticamente, ya que alguna jurisprudencia aislada del Tribunal de Justicia ha podido introducir un trasunto de formalismo, a pesar de que no lo consideramos lo suficientemente marcado como para tachar al Tribunal de Justicia de formalista[119].

Aun cuando la expresión "sin formalismos inútiles", a que se refiere la precitada norma constitucional, pareciera denotar un contrasentido, pues todo "formalismo" constituye un obstáculo u exceso que enerva la finalidad de la formalidad del acto, la inutilidad del mismo está por demás, porque por sí mismo el "formalismo" (apego excesivo a las formas y a las formalidades, constituyendo casi una idolatría procesal las mismas) es indeseable, puesto que, además, choca con las "formalidades esenciales", precisamente por tratarse de una tendencia que entiende el proceso como una forma y no como esencia y contenido dinámico orientado a la justicia del caso específico.

Nuestra Constitución es *antiformalista* (en contraposición al extremismo que significan las formalidades rituales excesivas que se apartan, por ser tales, de la finalidad de las mismas que es contribuir, como medios o instrumentos, a la realización de la justicia); y ratifica al mismo tiempo (la Constitución) la necesidad de las formas procesales necesarias o útiles en el ámbito jurídico, en la realización de los actos del proceso, por lo cual el Código de Procedimiento Civil contempla que "Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales. Cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el Juez considere idóneas para lograr los fines del mismo" (artículo 7); pero, como afirma el Tribunal Constitucional español, "(...) ningún requisito formal puede

[119] *El Recurso de Casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, p. 111, Bosh Editor, Barcelona, 1998.

convertirse en obstáculo que impida injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo (...)"; y que "...no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sea producto de un formalismo y que no se compaginen con el necesario derecho a la justicia, o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para que se establecen, que deben, en todo caso, ser adecuadas a la Constitución..." (sentencia 57/1985).

Por eso, según la concepción formalista de la justicia, una primera acepción de la expresión "formalismo jurídico", se refiere a cierta teoría de la justicia, en particular, según la cual acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella, como refiere Bobbio, y más exactamente se debería llamar "formalismo ético", porque tiene en común con todas las teorías formalistas de la ética de la afirmación de que el juicio ético consiste en un juicio de conformidad de un acto con la norma, de donde bueno es el acto realizado para cumplir con la ley, y malo aquel que se realiza para transgredirla. El término más común para designar esta teoría es el "legalismo"[120].

Entre los muchos análisis críticos –según sostiene– a que se ha dado lugar el formalismo, destaca como muy preciso y matizado, el de N. Bobbio. Distingue cuatro acepciones. En la primera de ellas de formalismo jurídico se entiende la teoría de la justicia según la cual el acto justo es el conforme a la ley, y el injusto el disconforme; con lo que formalismo jurídico equivale aquí al más estricto legalismo cifrado en el cumplimiento del deber emanado de la norma. En una segunda acepción, el formalismo se centra en la delimitación de lo jurídico (respecto de lo moral, lo económico, lo consuetudinario), sin tomar en cuenta el contenido y sí sólo la forma, como aparece de manera muy acusada en la fórmula de Kelsen, para el cual lo que caracteriza al derecho no es esta o aquella materia que sea objeto de regulación ni el fin perseguido, sino la forma y en particular la regulación mediante el ejercicio del poder coactivo. Así surge el normativismo; y en relación con él una terce-

[120] *Ob. Cit.* p. 13.

ra acepción del formalismo, que se traduce en la concepción de la ciencia jurídica como ciencia formal, cuyo cometido no es la explicación causal ni la justificación teleológica, sino la construcción, el sistema y la dogmática. Un cuarto significado del formalismo jurídico se manifiesta, según Bobbio en la teoría de la interpretación jurídica, al propugnar la hegemonía de la interpretación lógica y sistemática sobre la histórica y teleológica (jurisprudencia conceptual frente a jurisprudencia de intereses) y estimar que el juez despliega un cometido exclusivamente declarativo y nunca creador del derecho. Así pues, hay cuatro variantes del formalismo: el legalismo, referido a la teoría de la justicia; el normativismo, concerniente a la teoría del derecho; el dogmatismo, que expresa un modo de entender la ciencia del derecho, y el conceptualismo, que se manifiesta en teoría de la interpretación[121].

Las formas procesales permiten la realización del proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia (el proceso como servicio público en beneficio del justiciable que es el consumidor jurídico de su actividad), pues las formas procesales son mecanismos o medios necesarios e indispensables para el desarrollo o cumplimiento de los diversos actos para el cumplimiento de aquella finalidad. De lo contrario, constituyen obstáculos para la materialización de la justicia, al convertirse en formalismos que impiden la realización de ésta. Por eso, ante el formalismo existe la necesidad de orden constitucional de preferir la admisión de la prueba, aunque con ello pudiere incurrirse en un posible exceso, que inadmitirla, con lo cual no se estaría causando ningún daño. Con tal proceder, el juzgador, en todo caso, tiene el deber de valorarla o apreciarla en la sentencia definitiva, aun cuando considere que la misma no es idónea para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del Juez respecto de la misma (artículo 509 CPC). Se puede incurrir en mayor daño o perjuicio al promovente de la prueba que no indicó lo que pretendía probar con la misma, que admitiéndola para valorarla en la definitiva, y llegar razonadamente a la convicción de que esa prueba sí tenía o no influencia determinante o decisiva en la solución de la controversia.

[121] Antonio Hernández Gil, *Ob. Cit.*, pp. 20 y 21.

Al respecto, la jurisprudencia civil de las Cortes superiores federales alemanas, destaca Joan Picó I Junoy[122], ha elevado a la categoría de principio procesal la prohibición de anticipar los resultados de la prueba: la pertinencia de un medio probatorio no puede apreciarse antes de su práctica basándose en juicios apriorísticos de que la prueba propuesta no alcanzará los resultados pretendidos. El fundamento de la prohibición se encuentra tanto en la correcta tutela de la imparcialidad del juez, como en el derecho de las partes a probar los hechos afirmados y discutidos en el proceso. El acceso a ese logro, diría Augusto Mario Morello, el de la verdad objetiva material (que es uno de los contenidos más ricos y trascendentes del acceso a la justicia), impone el esclarecimiento necesario para arribar a ella; por ende no puede resultar turbado por el excesivo rigor formal en la interpretación de las normas procesales, pues ello resulta lesivo del adecuado servicio de justicia garantizado por la Ley Fundamental[123].

Así, pues, el "formalismo" significa un exceso de la forma, o un apego excesivo a las formas y formalidades, es decir, la sujeción al ritualismo establecido en los modelos rígidos, sobre la libertad de la persona para actuar o proceder de la manera que desee o quiera, conforme a la ley, en la búsqueda de la justicia material del caso concreto; cuando está obligada, con fundamento en el formalismo, a seguir un ritual para ello. A veces se considera que ese garantismo puramente formal, en beneficio del exceso ritual, favorece al proceso, pero, en realidad, constituye un obstáculo en perjuicio del justiciable, cuando más bien conviene observarse un garantismo dinámico que facilite el acceso a la justicia. Por eso, el formalismo viene a ser aquel obstáculo que sólo el juez o tribunal impone en la realización de la justicia, que por lo excesivo se nutre de pura forma y ritualidad, de tal manera, que deja de ser un medio, la forma necesaria o útil, para convertirse casi en una finalidad, echando de lado su destino que es conducir a la realización de la justicia.

[122] *Ob. Cit.* p. 56.
[123] *Ob. Cit.*, pp. 337 y 338.

Cuando la forma se hace ritual y absolutista (la forma por la forma misma y sobre ésta nada), entonces pierde su finalidad y se convierte en un obstáculo contrario a la Constitución. De allí que los requisitos formales no pueden implementarse o interpretarse de modo arbitrario (contrario a la justicia, fundamentalmente), toda vez que por la finalidad a que están destinados, han de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su razón de ser, por lo cual es necesario observar que al aplicarlos no se debe sacrificar la justicia material del caso concreto, bajo el rigor de excesos que choquen con los derechos de la persona; "pues el derecho a la tutela judicial no puede ser comprometido y obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones o aplicaciones de reglas disciplinarias de los requisitos y formas de las secuencias procesales en sentido que, aunque puede aparecer acomodado a tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y finalidad de ésta, y, desde luego, no ajustados a una consideración de tales reglas interpretadas a la luz (...) de la Constitución (...)" (Tribunal Constitucional español, sentencias 69/1984 y 17 y 65/1985).

Significa, asimismo, el "formalismo", no sólo aquella conducta exagerada o excesiva por el apego al ritualismo establecido en los modelos rígidos, sobre la libertad de la persona para actuar o proceder de la manera que desee o quiera en la búsqueda de la justicia material del caso concreto; sino más concretamente en la praxis procesal civil, al acostumbrado y vicioso ritualismo de interpretar la norma procesal en atención más a la formalidad allí establecida, que a la finalidad de la prueba, que consiste en demostrar el hecho o hechos afirmados en la demanda o en su contestación, que no han sido admitidos por las partes, pues como observa Joan Picó I Junoy (aun cuando se refiere al recibimiento a prueba) con la cita que realiza de doctrina del Tribunal Supremo español "(...) No puede pues, calificar de proporcionada la consecuencia que otorgó el órgano judicial –no admitir el recibimiento del juicio a prueba– al error procesal que imputaba a la parte, consistente en la no especificación en el escrito de instrucción de la prueba de los medios probatorios de los que pretendía valerse. Trátase aquí, en suma –como se dijo en la STC 157/1987– "de no convertir los requisitos procesales en obstáculos que en sí mismos constituyen impedimentos para la tutela judi-

cial afectiva, sino que su exigencia responda a la verdadera finalidad de los mismos, esto es: la ordenación del proceso en garantía de los derechos de las partes". Doctrina aplicable al caso, puesto que era posible, como se ha visto, una interpretación de esos preceptos más ajustada al derecho configurado en el artículo 24.2[124] de la Constitución española[125]. Guasp Delgado es del criterio que el recibimiento a prueba, consiste en aquel acto por el que los litigantes solicitan que haya, en general, prueba en un proceso[126].

Como puede observarse, si el promovente de la prueba no indica lo que quiere probar con la misma, el juez no podrá legalmente determinar si ese medio probatorio es o no manifiestamente pertinente; en cuyo caso, como queda la duda sobre la pertinencia o impertinencia del medio ofrecido, entonces con mayor razón debe admitirse esa prueba y no inadmitirse la misma, como predica la Sala Constitucional (también la Sala de Casación Civil); pues, en caso contrario (su inadmisión), producirá indefensión a su promovente, en violación no sólo del artículo 26 de la Constitución Nacional, por causa de aplicarse un formalismo (no una formalidad inútil), que por ser tal constituye un exceso que enerva la búsqueda de la justicia, que al decir de Román J. Duque Corredor, no cabe duda, pues, respecto a la aplicación directa e inmediata del artículo 26 de la Constitución de 1999, que consagra el derecho a la justicia y por ende, que este artículo derogó las exigencias procesales que representen un obstáculo para el ejercicio de tal derecho[127]. Es que el formalismo no tiene utilidad alguna por lo perni-

---

[124] *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, p. 228.

[125] El artículo 24 de la Constitución Española estatuye: "1.- Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2.- Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

[126] *Derecho Procesal Civil*, Vol. 1, 3ª edic, Madrid, 1968.

[127] *El Acceso a la Justicia como Derecho Fundamental...*, en Revista de Derecho Nº 6, TSJ.

cioso, y perturba y obstaculiza el derecho de acceso a la prueba, en violación del numeral 1 del artículo 49 de la Constitución, así como infringe el artículo 257 *eiusdem*, al sacrificarse de tal manera la justicia (con la inadmisión de aquel medio probatorio ofrecido, ante la duda de si el mismo es o no pertinente), por la omisión de formalidades no esenciales (la no indicación de lo que pretendía probar quien ofreció ese medio de prueba); pues "(...) Por otra parte, el principio constitucional que prohíbe los formalismos y las reposiciones inútiles, y privilegia la resolución del conflicto sobre las formalidades procesales, obliga a interpretar las normas de procedimiento de la manera más favorable al efectivo ejercicio de los derechos en el juicio, sin olvidar que el fin del proceso es la resolución de la controversia, y que las necesarias garantías a las partes no pueden convertirse en obstáculo para que se alcance prontamente una sentencia de fondo (...)"[128].

Cuando el promovente de la prueba no indica lo que con la misma pretende probar, en tal caso, ¿el juez no puede determinar si el medio de prueba ofrecido es ilegal o impertinente? Para este procedimiento de conocimiento por parte del juez, cuando se trata de la inspección judicial o la experticia, es verdad que el promovente debe indicar los hechos sobre los que versarán las mismas, pues ese requisito ha sido así establecido (artículos 472 y 451 CPC); pues el juez no puede suplir de oficio la omisión del promovente, indicando por éste los hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos (inspección judicial), o señalando por aquél los "puntos de hecho" sobre los cuales debe efectuarse y que debió precisar con claridad (experticia); pero la falta de indicación de esos hechos, bajo el imperio de la nueva Constitución, no puede conducir esa omisión del promovente, a que la prueba se inadmita, puesto que el juez, en tal caso, está obligado a dar respuesta al justiciable, por fuerza de lo dispuesto en la Constitución, en sus artículos 26 (la tutela efectiva de los derechos, del derecho de acceder a la prueba), 49 (el debido proceso sin indefensión, mediante el acceso a las

[128] Juan Rafael Perdomo, *Acceso a la Justicia,* revista antes citada, pp. 436 y 437.

pruebas) y 257 (el proceso como instrumento para la realización de la justicia material del caso concreto, sin formalidades no esenciales).

Por eso, el Juez de Primera Instancia en el ámbito civil y el de Sustanciación, Mediación y Ejecución, en el laboral; en ejercicio del denominado *"despacho saneador"*, puede conceder o fijar oportunidad al promovente omiso para que subsane la omisión, indicando qué hechos pretende probar con esas pruebas, y sólo la negligencia en subsanar o su contumacia en hacerlo, devendrá en la inadmisión de la prueba, pero no porque la misma sea ilegal o impertinente, sino porque con esa omisión el juez no puede conocer qué es lo que pretende probar el promovente, pues como afirma Augusto Morello, cualquier impedimento, restricción, postergación u obstáculo puesto en contra del efectivo derecho de ejercer la defensa en juicio, debe ser mirado por la Corte Suprema con estrictez y rigurosidad, pues la garantía de afianzar la justicia, aunada al principio de igualdad ante la ley, son dos fundamentos básicos de nuestro ordenamiento jurídico[129]. Y en el caso de los instrumentos públicos o privados, el juez está en capacidad, por el hecho de ser juez, de poder determinar si el instrumento ofrecido es ilegal (porque se obtuvo en contradicción con una disposición expresa de la ley, o en violación de derechos fundamentales de la persona), o es impertinente (si el instrumento ofrecido no guarda relación con los hechos alegados en la demanda o en su contestación, según corresponda); aun cuando para la Sala de Casación Civil del TSJ, "(...) Al no señalarse debidamente el objeto a probar de estas documentales, debe considerarse como no promovidas válidamente, situación ésta que se equipara a la falta de promoción, razón por la cual es imposible la configuración del vicio de silencio de prueba, desde luego que tal vicio supone, necesariamente, la existencia de una prueba válidamente promovida (...)" (caso: N. J. Mujica y otros contra J. L. Mujica y otra, sentencia de fecha 16 de mayo de 2003).

---

[129] *Constitución y Proceso (la nueva edad de las garantías constitucionales),* p. 172, Editora Platense, Buenos Aires, 1998.

Tratándose de los demás medios de prueba, el juez por ser tal, también está en capacidad de poder determinar la ilegalidad o impertinencia de la prueba evacuada, cuando la analice o valore en la definitiva. No obstante, cualquiera sea la prueba promovida, qué es más grave, ¿inadmitirla porque su promovente no indicó qué hechos pretendía probar con la misma, o que el juez conceda al promovente omiso un lapso, a fin de que indique qué hechos pretende probar con el medio ofrecido? Indudablemente que es más grave lo primero, porque no se trata de una formalidad (sino un formalismo) que de no ser cumplido, produce como consecuencia que el medio de prueba ofrecido sea rechazado. ¿Se trata aquella exigencia una formalidad esencial para la solución del fondo de la controversia? Si esto último es así, entonces con mayor razón si el promovente de la prueba no indica qué pretende probar, el juez está obligado a conceder oportunidad para el subsanamiento o corrección de la omisión; y de no ser de tal modo, porque la omisión es irrelevante –como en efecto es– en la solución de la controversia, entonces se trata de un formalismo que contradice el artículo 257 de la Carta Magna al estatuir que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. Inadmitirse la prueba por tal omisión, con el argumento que así la prueba es ilegal al no poderse valorar su pertinencia, se estaría en una situación observable a la luz del numeral 1 del artículo 49 de la Constitución Nacional, al impedirse, de tal manera, el acceso a las pruebas. La proscripción del medio de prueba ofrecido con aquella omisión produce indefensión, pues el derecho de acceder a la prueba y el derecho a la defensa son inseparables; a menos que el medio de prueba ofrecido demuestre de inmediato, con su presentación u ofrecimiento, que el mismo es ilegal o impertinente, en cuyo caso no habría nada por subsanar, porque el derecho a la prueba no es un derecho absoluto y tiene sus limitaciones, pues la ilegalidad e impertinencia deben demostrarse, por el juzgador, mediante la debida motivación o razonamiento para la inadmisión de la prueba. Al juez no está permitido dar por demostrado lo que debe demostrarse (el sofisma denominado "petición de principio"), sin incurrir en indefensión, puesto que, como señala Jesús González Pérez, constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que pueden estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la

justicia o que no aparezcan justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente[130].

Por cierto que en el XXII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, reunido en Paraná-Entre Ríos, los días 12 al 14 de junio de 2003, en la temática relativa a "Realidad y Debido Proceso", las conclusiones 2 y 4 apuntan en el sentido siguiente: "2.- Las imprescindibles reformas a los ordenamientos procesales deben superar una tradición jurídica que no adjudica relevancia al debido proceso. **Debemos abandonar la fidelidad por el formalismo** y dar los pasos necesarios para instrumentar un auténtico cambio de la normativa procesal (...); y 4.- Cabe auspiciar la definitiva consolidación de la tutela anticipatoria con el debido resguardo del contradictorio (...)" (negrillas nuestras).

Si con aquella omisión del promovente no se puede determinar si el medio de prueba ofrecido es pertinente o no, entonces, ¿cómo llega la Sala Constitucional del TSJ a la conclusión, como llegó en la sentencia de fecha 11-07-03 (caso: Puertos de Sucre, S.A.), para afirmar que "(...) dicha prueba será ilegal al no poderse valorar la pertinencia y, por tanto, inadmisible (...)"? ¿Por qué es ilegal ese medio de prueba ofrecido? ¿Es ilegal porque no se puede valorar la pertinencia? Como se observa, el juez no está imposibilitado o impedido de valorar la pertinencia de la prueba, pues le resulta fácil determinarla simplemente con el contraste que realice de los hechos afirmados en el libelo, los presentados en la contestación y el medio de prueba ofrecido. La mejor manera de conocer si ese medio de prueba es impertinente, es admitirlo para que en la definitiva el juez lo valore y juzgue si el mismo es ilegal o no, impertinente o no, pues anticipar los resultados de la prueba afirmando que la misma es inadmisible sin el debido razonamiento demostrativo de la pertinencia o no, en realidad que pudiera resultar incomprensible, pues

[130] Sentencia del TC español, de fecha 07-11-83, citada en El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, p. 62, Cuadernos Civitas, 1989.

la impertinencia de un medio probatorio no puede apreciarse o establecerse antes de su práctica, basándose en juicios apriorísticos, en cuanto a que eso es así porque se omitió lo que pretendía probar su promovente con el medio ofrecido. "A nuestro entender, afirma Joan Picó I Junoy[131], el hecho de que ambos caracteres de la prueba (su impertinencia y su ilicitud) produzcan idéntica consecuencia jurídica (su inadmisión), no debe llevarnos a confundirlas, pues, como hemos afirmado, tienen una diversa configuración conceptual, respondiendo dicha inadmisión a motivos o causas distintas". O como predica con toda libertad Sentís Melendo: "¡Pero si la prueba es la negación de todo procedimiento! Cuanto más la envolvamos en formas, más le quitaremos su genuino carácter: una diligencia que se puede realizar dentro de tales días, a determinadas horas y con tales requisitos, constituirá unas interesantes, y a veces pintorescas, actuaciones judiciales, pero de prueba tendrá muy poco. Un interrogatorio con preguntas prefijadas y con respuestas monosilábicas, resultará muy fácil de manejar en el referido silogismo judicial, pero será de escasa eficacia probatoria si el juez no cuenta con toda la libertad para llevarlo a cabo. El interrogatorio cruzado, los careos, las explicaciones de testigos y peritos, son manifestaciones de libertad indispensables al juez para el buen éxito de la prueba"[132].

Podría alegarse en contra del despacho saneador, aplicable a tal problemática, que si el juez dictare tal providencia con la finalidad de que el promovente omiso indique qué es lo que pretende probar con el medio de prueba ofrecido, estará, en tal caso, incurriendo en error de juzgamiento al infringir los artículos 7, 15, 202 y 204 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, según el artículo 5 *eiusdem,* los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales. Cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el Juez considere idóneas para lograr los fines del mismo.

---

[131] *Ob. Cit.*, p. 53.
[132] *Ob. Cit.*, p. 25.

Por tanto, parece indiscutible que la antes citada norma procesal (artículo 5) no presenta ninguna confusión en su texto, ni tampoco los mencionados artículos 7, 15, 202 y 204, por lo que resulta importante adaptarla, al igual que las otras normas *in commento*, al texto constitucional, de modo que los actos procesales se realicen dentro de los principios y normas constitucionales, que guarden relación con el derecho de acceso a la prueba, el debido proceso, el derecho a la defensa; en consideración a que el proceso debe ser un instrumento esencial para la realización de la justicia del caso específico; entendiéndose que los jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género (artículo 15, CPC); y que los términos o lapsos procesales –como lo estatuye el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil– no podrán prorrogarse ni abrirse de nuevo después de cumplidos, sino en los casos expresamente determinados por la ley, o cuando una causa no imputable a la parte que lo solicite lo haga necesario, además de que las partes pueden de común acuerdo, suspender el curso de la causa por un tiempo que determinarán en acta ante el Juez. Además, como lo pauta el artículo 204 *eiusdem*, los términos y recursos concedidos a una parte se entenderán concedidos a la otra, siempre que de la disposición de la ley o de la naturaleza del acto no resulte lo contrario, tal como podría ocurrir si las partes omiten indicar qué es lo que pretende probar con los medios de prueba que ofrecen, en cuyo caso el juez concedería a las mismas igual término para que satisfagan la exigencia del juzgador.

Sin embargo, el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil no es una norma procesal intocable, pues el principio de la improrrogabilidad y de no reapertura de los términos o lapsos procesales después de cumplidos, no es absoluto, pues dentro de la misma norma se encuentran tres principios de excepción que la relativizan: a) En los casos expresamente determinados por la ley los términos o lapsos procesales pueden prorrogarse o abrirse de nuevo después de cumplidos; b) cuando una causa no imputable a la parte que lo solicite lo haga nece-

sario, los términos o lapsos procesales pueden prorrogarse o abrirse de nuevo después de cumplidos; c) las partes de común acuerdo, pueden suspender el curso de la causa por un tiempo que determinarán en acta ante el Juez.

En consecuencia, de esos tres principios de excepción puede deducirse que el juez está autorizado –porque no existe prohibición en contrario– para que durante el transcurso del término o lapso procesal dicte una providencia por medio de la cual requiera al promovente de la prueba, que indique o precise lo que pretende probar con el medio de prueba ofrecido, cuando omitió precisarlo. Si el juez no puede emitir tal providencia (despacho saneador), entonces por qué la ley lo autoriza para ordenar de oficio la práctica de *diligencias probatorias,* una vez concluido el lapso de pruebas, tales como la de hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro, a pesar de que el promovente no indicó qué pretendía probar con ese medio probatorio ofrecido; exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario, a pesar de que el promovente no indicó qué pretendía probar con ese medio probatorio ofrecido; la comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes, a pesar de que el promovente no indicó qué pretendía probar con ese medio probatorio; que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen, a pesar de que el promovente no indicó qué pretendía probar con ese medio probatorio ofrecido; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro, a pesar de que el promovente no indicó qué pretendía probar con ese medio probatorio; y, que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos, a pesar de que el promovente no indicó qué preten-

día probar con ese medio probatorio ofrecido. Todas esas son *diligencias probatorias,* porque pretenden escudriñar *"la verdad procesal"* (artículo 12, CPC), buscar los hechos afirmados controvertidos. ¿Y cómo procede el juez para practicar esas diligencias si no es indagando sobre los hechos afirmados en la demanda o su contestación, a objeto de que esas diligencias se practiquen de modo coherente y congruente? Y no por eso podemos calificar esas diligencias probatorias como sustitutivas de la prueba o pruebas desechadas.

El juez no está en tal caso –como ya observamos en otro lugar y en este trabajo– promoviendo pruebas (aun cuando en determinados casos está facultado para promoverlas de oficio, como luego se observa), sino investigando y buscando la presencia histórica de esos hechos, para aplicar del silogismo judicial la premisa menor (los hechos afirmados y controvertidos), la premisa mayor (la norma jurídica específica) en la resolución de la controversia a través de la sentencia. ¿Por qué la Ley concede al juzgador esas facultades? Porque el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia material del caso concreto (artículo 257, CRBV). Y en este principio constitucional se observa en la praxis judicial con mayor contundencia, cuando el juez está facultado, incluso, para *promover pruebas de oficio*, como ocurre en el caso del artículo 734 del Código de Procedimiento Civil, en materia e interdicción, pues por el hecho mismo de haberse decretado la interdicción provisional, quedará la causa abierta a pruebas, instruyéndose las que promuevan el indiciado de demencia o su tutor interino y la otra parte, si la hubiere, y las que el Juez promueva de oficio; o en el caso del artículo 451 *eiusdem*, que autoriza al tribunal para que *determine de oficio*, la práctica de la experticia sobre puntos de hecho, en los casos permitidos por la ley; e incluso como lo establece el artículo 1.426 del Código Civil en relación con el dictamen de los expertos, si el tribunal no encuentra la claridad suficiente puede *de oficio* ordenar una nueva experticia. De oficio también puede proceder el juez (artículo 472 CPC) cuando lo juzgue oportuno, para acordar la inspección judicial u ocular de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa. Igualmente está facultado el juzgador para deferir el juramento al de-

mandante, en los juicios sobre obligaciones civiles procedentes de hecho ilícito, culpa o dolo, con las circunstancias y efectos a que se refiere el artículo 1.419 del Código Civil. O en el caso del artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes; y el auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso alguno.

Es que se trata del principio constitucional de tutela judicial efectiva, pues –como refiere Jesús González Pérez– el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en más de una ocasión sobre esta proyección del principio de tutela judicial efectiva. "No puede estimarse la falta del cumplimiento de un requisito procesal sin conocer al efecto un plazo para su subsanación"[133]. Y esto podemos observarlo en el caso del artículo 124 de LOPT que ***obliga*** (no faculta) al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución a dictar el *despacho saneador,* cuando observare en el escrito libelar que no se cumple con los requisitos o datos requeridos en el artículo 123 *eiusdem,* a ordenar al solicitante, con apercibimiento de perención, que corrija el libelo de la demanda, dentro del lapso de dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de la notificación que a tal fin se le practique; o como ocurre en el caso del artículo 134 *ibídem,* cuando de no ser posible la conciliación, el mencionado juez, a través del *despacho saneador* resolverá en forma oral todos los vicios procesales que pudiere detectar, sea de oficio o a petición de parte. Lo mismo ocurre en el caso de la LOPNA, pues la no indicación en el libelo de demanda de los referidos hechos, de la manera que la misma regula, sobre los que versará la prueba, la omisión no da lugar a la inadmisión de la demanda (ni de la prueba), pues el juez está obligado, en tal caso, a ordenar la corrección o subsanamiento de la omisión, dentro de los tres (3) días siguientes, contados a partir de la manera como prevenía el artículo 459 de esa Ley (G.O. Nº 5.266 Ex-

[133] *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 2ª edic., p. 66, Cuadernos Civitas, Madrid, 1969.

traordinario del 02-10-98), ahora artículo 457 dentro de los cambios que esta norma presenta (G.O. Nº 5.859 Extraordinario del 10-12-07). Igual ocurre en el caso de producirse reconvención, admitida la contestación, el juez confería un plazo de tres (3) días al demandante, como estatuía el artículo 465 de la ley anterior, siguiendo las mismas reglas de la demanda en cuanto a la prevención de subsanar los requisitos de forma que se haya omitido, y si el demandado reconviniente no cumplía las prevenciones efectuadas en cuanto a subsanación de los requisitos que el juez le previno corregir, se declaraba inadmisible la reconvención y el proceso continuaba su curso.

No es verdad, como sostiene el positivismo, que sólo existe un derecho, el positivo, la voluntad del legislador; y tampoco es verdad que fuera de la ley –de lo ordenado por el legislador– no hay derecho posible. Tampoco es verdad que el derecho se confunde con la ley. Para el formalismo jurídico el acto justo es el que se encuentra conforme a la ley, y el injusto el no conforme a la misma, es decir, un legalismo que reduce (*reduccionismo*) el cumplimiento del deber a lo que únicamente contempla la norma. Se trata de un formalismo que preconiza la preeminencia de la interpretación lógica y sistemática sobre la histórica y teleológica, que pretende conducir al juez a que sólo declare lo que dice la ley, en desmedro de la creación del derecho, pues el derecho no es sólo un discurso sobre las normas jurídicas, sino un todo complejo –pero dinámico– en una realidad concreta y en un momento dado o determinado (histórico), influido por la dialéctica de los hechos sociales: el derecho no está hecho, se hace todos los días como consecuencia de la dinámica social, sin que esto, de ninguna manera, signifique desprecio por la norma jurídica, pues la misma desempeña un papel importante e indispensable en la práctica del derecho; no obstante que como sostiene Recaséns Siches, las reglas que el juez establece o expresa en sus sentencias no siempre son las mismas conforme a las cuales él actúa, es decir, conforme a las cuales falla o decide. Entonces, si queremos saber lo que efectivamente es derecho, tenemos que indagar los modos reales de la conducta judicial[134].

[134] *Antología*, p. 292, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

Mas, sin embargo, el parecer contrario al despacho *saneador*, aplicable cuando el promovente omite indicar qué pretende probar con el medio de prueba ofrecido, se puede observar claramente en la decisión de la Sala Politicoadministrativa del TSJ, de fecha 11-02-04 (caso: Fisco Nacional contra Rayo Center, C.A.), cuando en relación con la prueba de inspección judicial (artículo 472 CPC), resolvió lo siguiente:

> (...) debe precisarse de forma clara y de fácil comprensión cuál será el objeto de la prueba, toda vez que sólo de esta forma podrá el juez decidir si la misma resulta o no pertinente. En el caso de autos, pudo observar este Alto Tribunal que una vez promovido dicho medio de prueba en juicio, la representación fiscal hizo oposición al mismo por no estar claros los términos de ésta; ello así, advierte esta máxima instancia, que para decidir al respecto debió el juzgador de instancia atender a las previsiones contenidas en los artículos 397 y 398 del Código de Procedimiento Civil, que establecen: (...).
>
> Como se desprende de la citada normativa, aplicada en concordancia con lo previsto en el precitado artículo 193 del Código Orgánico Tributario, debía la contribuyente-promovente consignar en el término de diez (10) días de despacho su escrito de promoción, indicando en el mismo de forma clara y suficiente cuál sería el objeto de la inspección judicial, y una vez consignado dicho escrito, empezaba a computarse el lapso para hacer oposición a las pruebas. En efecto, en el presente caso la representación fiscal hizo oposición a la admisión de la referida prueba, debiendo entonces el juzgador de instancia, una vez vencido el lapso de tres (3) días siguientes al lapso de oposición, admitir o no dicha prueba en tal oportunidad con base en los escritos de promoción y oposición, respectivamente, según apareciere ésta legal y pertinente para probar los hechos debatidos y no proceder, como lo hizo, a otorgar a la promovente un lapso especial para corregir la omisión en que incurrió en su escrito de promoción.

Tal proceder, estima la Sala, configura un error de juzgamiento por parte del Tribunal *a quo*, que sin lugar a dudas, contraviene las previsiones contenidas en los artículos 7, 15, 202 y 204 del Código de Procedimiento Civil, así como en los artículos 26 y 49.1 del texto constitucional, y así se declara. Luego entonces, habiendo incurrido el Tribunal de la causa en un error de juzgamiento, resulta forzoso a esa Sala proceder, de conformidad con lo previsto en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, a revocar el auto de fecha 1° de octubre de 2001. Así se decide (...).

CAPÍTULO IX

PRUEBA ILEGAL, IMPERTINENTE E IMPROCEDENTE

En el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil venezolano se contempla que dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término fijado en el artículo anterior, el Juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean *legales y procedentes* y desechando las que aparezcan manifiestamente *ilegales o impertinentes*. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes (destacado nuestro). Pareciera deducirse que en la clasificación entre pruebas "legales y procedentes " e "ilegales o impertinentes", el legislador patrio atiende, en primer lugar a las pruebas según su utilidad, y luego según su licitud o ilicitud; por lo cual, y como diría Sentís Melendo, en el mito de las clasificaciones se refiere a la obsesión que existe por clasificar las pruebas y distinguirlas según determinados conceptos, y cuando se refiere a las pruebas admisibles e inadmisibles afirma, que estamos, pues, como vengo señalando, ante otra clasificación inútil y perturbadora, que los códigos cuidan de que, en la duda, se esté por la

admisión, pues para echar al canasto de los papeles una prueba siempre se estará a tiempo; y no al contrario[135].

1. PRUEBA ILEGAL

En la doctrina existe un vocabulario ambivalente sobre el particular, cuando se trata el tema como prueba ilícita. Así, se habla de *prohibiciones probatorias* (comprende distintos supuestos en que la prueba es ilícita, y que afectan tanto a la "toma" como al "uso" de esa prueba; *prueba ilegítima* (Nuvolone, citado por Joan Picó I Junoy), distingue prueba ilícita y prueba ilegítima en función de que la ilegalidad se debe a la infracción de una norma material o procesal, respectivamente[136]; además de que los autores brasileros como Adda Pellegrini o Antonio Scarance Fernández suelen distinguir, se afirma, entre prueba ilícita e ilegítima, señalando que cuando la prohibición legal infringida es de naturaleza sustantiva la prueba es ilícita, mientras que si es de naturaleza adjetiva sería ilegítima. Como nuestro derecho no da posibilidad a tal distinción, utilizaremos como sinónimo las voces ilegítimas e ilícitas[137]; o ***prueba ilegal*** (parte de la doctrina hace distinción entre prueba ilegal y prueba ilícita, según la norma infringida: será ilícita cuando la norma violada es constitucional en orden a los derechos fundamentales de la persona humana, o como enseña Denti, es **ilícita** no porque viole normas procesales, o porque choque con las exigencias de la declaración de certeza de los hechos en el proceso, sino porque fueron obtenidas en violación de derechos protegidos por normas diversas y en primer lugar por normas constitucionales[138]; mientras que será **ilegal** si la infracción es de una norma legal); ***prueba viciada*** (cuando la prueba adolece de un vicio que afecta su eficacia o validez), y ***prueba clandestina*** (la

[135] *Ob. Cit.* p. 308.
[136] *Ob. Cit.*, p. 304.
[137] Jesús Eduardo Cabrera Romero, *Algunas Apuntaciones sobre el Sistema Probatorio del COPP en la Fase Preparatoria e Intermedia,* p. 239, en Revista de derecho probatorio número 11.
[138] *Estudios de Derecho Probatorio,* p. 271, Velleta-Ejea.

obtenida en secreto o de modo oculto, en infracción de la intimidad o privacidad de la persona humana. 1, artículo 49 constitucional); ***prueba irregular*** (la que no reúne los requisitos exigidos por la ley y, no obstante, se le dan los efectos que la misma le atribuye tal y como si estuviera debidamente hecha). Como se observa, la distinción pareciera irrelevante pero interesante, cuando se trata de la distinción entre *prueba ilegal* (la obtenida en infracción de una disposición legal) y la *prueba nula* (la obtenida mediante violación del debido proceso (*concepto jurídico indeterminado, Vid.* nota Nº 172), a que alude el numeral 1º del artículo 49 constitucional, es decir, el proceso con todas las garantías.

Desde un punto de vista genérico y extrajurídico, por prueba ilícita se entiende aquella que ofende la dignidad de la persona humana que correspondió a la misma concepción del artículo 549 del Proyecto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1974, que hacía referencia a la prohibición al tribunal de admitir los medios de prueba obtenidos por la parte que los proponga, o por terceros, empleando procedimientos que a juicio del mismo se deben considerar reprobables según la moral, o atentatorios contra la dignidad de la persona[139]. Para otra tendencia, el concepto de prueba ilícita responde a la proscripción por disposición de la ley[140]; por ser contraria a la Constitución, la ley, la moral, las buenas costumbres o las disposiciones o principios de carácter general. En cambio, otro sector de la doctrina restringe el concepto en orden a la vulneración de normas de rango legal y especialmente constitucional. Así, para el Tribunal Supremo español sólo cabe afirmar que existe prueba prohibida (ilícita) cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales (sentencia del 18-06-92).

Nuestro Código de Procedimiento Civil se refiere a la prueba ilegal, cuando contempla que el juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que

[139] Silva Melero, *La Prueba Procesal,* p. 69, Edit. Edersa, Madrid, 1963.
[140] Véscovi, *Premisas para la Consideración del Tema de la Prueba Ilícita,* Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, p. 345, 2/1970.

aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes (artículo 398). Por tanto, nuestro legislador se refiere a la prueba ilegal como aquella cuya admisión está prohibida expresamente por ley. Una prueba ilegal adquiere tal carácter por ser considerada por el legislador como atentatoria contra el orden público, o bien porque con la misma no se llegaría a la verdad; además de que su valor equivaldría a su inexistencia, aun cuando fuese admitida erróneamente por el juez. En materia penal la prueba ilegal es conocida como "ilícita", produciendo los mismos efectos. Nuestra Constitución Nacional (CRBV) en el numeral 1 del artículo 49, hace referencia únicamente a que "Serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso", con cuyo principio se puede entender las pruebas obtenidas a través de modos ilícitos, es decir, sin la utilización del mecanismo consagrado en la ley para acceder a las mismas, como aquellos medios de prueba practicados de manera irregular en contravención del procedimiento establecido en la ley (el debido proceso).

Se ha llegado a plantear la diferencia entre prueba ilegal o irregular y prueba ilícita, según la naturaleza de la norma vulnerada. Tratándose de una norma constitucional, como sostiene Joan Picó I Junoy, que regula o consagra derechos fundamentales, nos encontramos ante una prueba ilícita, y si las violaciones de otro tipo de preceptos ante una prueba ilegal[141]. En todo caso, como el Código de Procedimiento Civil venezolano establece la inadmisión por el juez de la prueba ilegal, por ser contraria a la ley y la Constitución; lo afirmado por la doctrina podemos señalar las razones de su inadmisibilidad, en orden a que: 1.- La vigencia del principio clásico brocárdico "*nemo ex delicto conditionem suam meliorem facere potest*", pues los actos ilícitos no pueden aprovechar o beneficiar al autor de los mismos. 2.- Como lo estatuye la Constitución Nacional, el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257); de donde se deduce que todo acto que vulnere o infrinja los preceptos o principios orientados a la

[141] *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil,* p. 291, Edit. Bosch, Barcelona, 1996.

realización de la justicia, debe ser tenido como nulo (Num. 1 artículo 49, CRBV), puesto que el debido proceso comprende el derecho a un proceso con todas las garantías legalmente establecidas. 3.- El efecto sancionador y pedagógico, pues la inadmisión de la prueba ilegal es una sanción en contra del promovente de la misma, y una lección no sólo el mismo, sino una enseñanza a la otra parte, demostrativa de que prevalece la norma vulnerada y que con artimañas nada se logra. Se debe producir un efecto disuasorio en potenciales vulneradores. 4.- La inadmisión de la prueba ilegal, como manifestación de la prohibición del ejercicio arbitrario del propio derecho, pues como sostiene Angeloni, la utilización procesal de las pruebas logradas de forma ilegal supone, precisamente, la práctica arbitraria de las propias razones[142]. 5.- La nulidad del acto material de obtención del elemento probatorio comporta la nulidad posterior de toda su eventual eficacia (*quod nullum est, nullum producit effectum*), que traducido al principio constitucional estatuido en el numeral 1 del artículo 49 de la Constitucional Nacional (CRBV) significa la nulidad de la prueba obtenida mediante violación del debido proceso. 6.- Se atenta contra el derecho a la defensa dar por válida una prueba ilegalmente obtenida.

Para la Sala Constitucional del TSJ, en sentencia de fecha 11-07-03, "(...) cuando se promueve una prueba debe indicarse cuál es el objeto de la misma y qué se pretende probar con ella, porque de lo contrario dicha prueba será **ilegal** al no poderse valorar la **pertinencia**, y por tanto inadmisible (...)". (Caso: Puertos de Sucre, S.A. en amparo, sentencia 10-902). Como se observa, la no indicación del objeto de la prueba y la omisión de lo que se pretende probar con la misma, hacen que esa prueba sea ilegal al no poderse valorar la pertinencia, es decir, será ilegal no porque tal prueba se encuentre en contradicción con una norma legal, o al ser obtenida en violación de los derechos fundamentales de la persona, sino porque no puede valorarse su pertinencia; con lo cual se realiza una interpretación que no se ajusta a los principios contenidos en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución Nacional; criterio

[142] *La Prueba Ilícita,* Edit. CEDAM, Padova, 1992.

de la Sala Constitucional que pareciera no concordar con el de la Sala de Casación Civil del TSJ, cuando la misma en decisión de fecha 3 de octubre de 2003, afirma que "Conforme a lo dispuesto por el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, no debe darse entrada en el auto que provea la promoción de pruebas, a las que "aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes", es decir, que no guardan relación con los hechos y problemas discutidos, o que no estén incluidas entre las que la ley permite promover en el caso litigado. Expresó una decisión de vieja data, que ilegal es si no la consagra la ley o cuando prohíba expresamente utilizarla en determinados procedimientos.

Sin embargo, la misma Sala Constitucional del TSJ, en sentencia de fecha 07-03-02 (caso: Agencia Ferrer Palacios, en amparo), que resulta importante para contrastar con la suya antes citada (del 11-07-03), porque de alguna manera se relaciona también con el derecho constitucional de acceder a las pruebas (artículo 49.1, CRBV), afirmó que "(...) no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida; c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión. Solamente cuando el juez haya verificado que no se cumple con los elementos antes descritos, es que debe contraponer el incumplimiento de la formalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente de acceso a la justicia, para desechar o inadmitir la pretensión del justiciable y en caso de dudas interpretarse a favor del accionante, ello en cumplimiento del principio *pro actione* (...)".

2. PRUEBA IMPERTINENTE

Sucede con frecuencia, como sostiene Devis Echandía, que autores y jueces hablen de pertinencia o relevancia de la prueba y de su inconducencia como si se tratara de conceptos idénticos, creando confusión en esta materia, cuando en realidad son dos requisitos intrínsecos diferentes.

La *inconducencia* se refiere a la aptitud legal de la prueba respecto del medio mismo o en relación con el hecho por probar; la *pertinencia o relevancia,* en cambio, contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso voluntario o del incidente según el caso.

Si se entiende por prueba el medio utilizado para llevar al juez el conocimiento de los hechos que son objeto de aquélla (testimonio, documento, etc.), es claro que la pertinencia o relevancia se refiere a éstos y no a aquélla. Si, por el contrario, se entiende por prueba los hechos que sirven para demostrar otros hechos, su pertinencia o relevancia se vincula a los segundos. Si desde un punto de vista subjetivo se considera como prueba la convicción que con ella se produce en la mente del juez respecto a los hechos del proceso, la pertinencia o relevancia radica igualmente en éstos. Y si se adopta la noción general y amplia de prueba, que predomina en la doctrina y que nosotros hemos acogido, en la cual se combina el aspecto subjetivo con el objetivo, para considerarla como los medios o instrumentos que la ley permite utilizar, a fin de obtener las razones que conduzcan al convencimiento del juez sobre los hechos del proceso, resulta también que la pertinencia o relevancia tiene que ver con estos hechos y no con los medios para establecerlos ni con las razones que de ellos se deducen[143].

Según el Código de Procedimiento Civil venezolano, las partes tienen el derecho de oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente **ilegales** o **impertinentes** (artículo 397); en tanto que el juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean **legales** y **procedentes** y desechando las que aparezcan manifiestamente **ilegales** o **impertinentes** (artículo 398 *eiusdem*). Como se observa, las pruebas que deben inadmitirse son las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes; por lo cual cabe preguntarse si cuando el promovente de la prueba no indica qué es lo que pretende probar con la misma, esa omisión indica que la prueba es ilegal

[143] *Ob. Cit.* pp. 342 y ss.

al no poderse, de tal manera, determinar su pertinencia –como ha afirmado la Sala Constitucional del TSJ en la *supra* citada sentencia de fecha 11-07-03–, por lo cual el juez debe negar su admisión. La Sala de Casación Civil del TSJ, por ejemplo, ha considerado que cuando se promueve un medio de prueba, el promovente del mismo debe indicar qué hechos trata de probar con el mismo, a fin de que se pueda conocer si con ello se pretende probar los hechos alegados controvertidos y por eso calificar la pertinencia o impertinencia de la prueba, pues si no se cumple con ese requisito, no existirá prueba **válidamente** promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba (caso: Cedel Mercado de Capitales, C.A. contra Microsoft Corporation), por lo que habría que indagar si la **prueba válidamente promovida** guarda alguna relación con la **prueba pertinente** y, en sentido contrario, si el promovente no indica lo que pretende probar (objeto) no existirá prueba válidamente promovida, debido a su impertinencia. Para la Sala Constitucional, como se observa de la citada sentencia de fecha 11-07-03, la prueba es ilegal cuando al promoverse la misma no se indica cuál es su objeto, y tampoco qué se pretende probar con ella, al no poderse valorar la **pertinencia** y, por tanto, es inadmisible, es decir, que la impertinencia de la prueba devendría de su ilegalidad del modo indicado (*Vid.* caso: Puertos de Sucre, S.A. en acción de amparo contra decisión judicial). "Sólo expresando con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece puede el Juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente" (sentencia de fecha 08-06-01, Sala Plena del TSJ), mientras que según la Sala de Casación Civil del TSJ, en decisión de fecha 20 de octubre de 2004 (caso: Luis Erasmo Pérez Mosquera contra César Alberto Manduca G.), "(...) la prueba impertinente se caracteriza porque los hechos que se llevan al juicio por el medio promovido, no tienen relación con los hechos controvertidos, siendo necesario que el juez explique suficientemente con un examen comparativo entre los hechos a probar con los que son objeto de esas pruebas, las razones por las cuales lo considera así...". Y para la misma Sala en decisión de fecha 15 de noviembre de 2004 (caso: Constructora Gelomaca, C.A. contra Comunidad de Propietarios...) "(...) sólo expresando con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece, puede el juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente (...)".

Pero el concepto jurídico de "pertinencia" (según el Tribunal Constitucional español) y su opuesto, el de impertinencia, pueden hacer *prima facie* referencia a diferentes materias. Por ejemplo: Se propone prueba sobre una cuestión que no es de hecho, sino jurídica; se propone prueba sobre hechos que no necesitan de ella, porque son notorios y hay que tenerlos por probados; se propone prueba sobre hechos que no guardan relación ninguna con el proceso, porque ni siquiera han sido objeto de alegación. El problema es más difícil cuando concierne a la relación entre el medio de prueba propuesta y el hecho que se pretende demostrar con el debate procesal y la cuestión que en el proceso debe ser decidida. En este último punto se presentan notorias dificultades que se acrecientan cuando la proposición de prueba está sometida a preclusión y se tiene que anticipar respecto de las alegaciones. Concluye afirmando que la pertinencia de las pruebas es la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye el *thema decidendi* para el Tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal. Así entendida la pertinencia de las pruebas distintas de su eventual relevancia, que consiste en el juicio de necesidad o de utilidad de las mismas (STC 51/1985).

Por eso, si el Juez debe realizar un previo juicio de valoración para determinar la pertinencia de la prueba, tal trabajo importa, como afirma Calamandrei, un juicio de derecho atinente al mérito, que contiene ya *in nuce* la decisión definitiva. ¿No se dará en tales casos el peligro de un prejuzgamiento? Calamandrei opina, que si el juez está ya convencido de la verdad, puede no admitir otras pruebas, pero este argumento hay que interpretarlo con mucha precaución, pues en el curso del proceso, y donde menos se piensa, pueden siempre aguardar muchas sorpresas. No en vano nuestro comentarista de la Ley de 1856, Hernández De La Rúa, mostrábase partidario de admitir toda clase de pruebas en caso de duda relativa a pertinencia o utilidad, pues "en materia de pruebas conviene siempre proceder con latitud... A un estudio sobre la pertinencia de la prueba debe proceder, pues, otro estudio sobre las alegaciones de las partes, evitando siempre con sumo cuidado el riesgo de prejuzgar. No creo que deba admitirse, sin embargo, un poder de censura del juez

sobre la verosimilitud de la alegación, salvo los casos de que éste fuere ostensiblemente irreal[144].

3. PRUEBA IMPROCEDENTE

Pareciera como si la prueba improcedente guardara relación con la prueba ilegal y con la prueba impertinente, puesto que si la prueba es ilegal, entonces la misma resulta improcedente; mientras que si esa prueba es impertinente –al no guardar relación con los hechos tanto en la demanda como en la contestación *(thema decidendum*)– la prueba, en tal caso, resulta también improcedente. Sin embargo, entre tales conceptos existe diferencia.

La diferencia se capta sensiblemente, pues la prueba improcedente es aquella que no está expresamente autorizada o prevista en la ley, o la que "...no figura dentro del elenco de pruebas permitido por la ley para la demostración en juicio de los hechos pertinentes, o aquella cuya eficacia o aptitud se encuentra en ciertos casos restringida por mandato expreso del legislador en atención a la naturaleza o cuantía del asunto. También debe ser considerada como prueba improcedente la que es diferente a la que la ley exige necesariamente para la demostración de ciertos contratos o determinados hechos jurídicos, o la que se promueve para desvirtuar hechos que la propia ley considera intangibles..." (Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 13 de junio de 1973, caso: M. González contra C. Crusizio y otro). A estas categorías habría que agregar ahora –según afirma Leopoldo Márquez Áñez– la de *improcedencia virtual,* a objeto de abarcar en ella aquellas pruebas que estando "prohibidas expresamente por la ley", las partes las promueven bajo lo dispuesto en el artículo 395[145].

---

[144] Muñoz Sabaté, *Ob. Cit.*, p. 83.
[145] *El recurso de casación, la cuestión de hecho..., Ob. Cit.*, p. 121.

Capítulo X

Objeto de la prueba en el COPP

La materia penal, siendo de derecho público, se evidencia claramente la importancia que ésta reviste para la sociedad y el Estado, quien con base al *ius puniendi* otorgado por sus ciudadanos, le corresponde a éste juzgar a todo aquel que haya cometido una acción u omisión tipificada como delito en las normas sustantivas. Penar a los infractores de las normas penales, escapa de la simple voluntad de las partes, trasciende por encima de ellas, aun en contra de sus sentimientos o de la voluntad. Aplicar la ley penal emana de la realización de un delito, no del simple quebrantamiento de un derecho civil. Es así como se observa que en el primero se involucra toda una sociedad, que para el que caso de no castigar al culpable se ve amenazada ante la potencial idea de que se vuelva a delinquir. Distinto sucede en materia civil donde la controversia puede quedar planteada por incumplimiento de una relación contractual, por motivo de la partición de una herencia, por oposición a un matrimonio, por rectificación de partidas, por divorcios, entre otras variadas situaciones, actos que en sí mismos sólo involucran a las partes o a aquel que pueda ver afectados sus derechos, pero no así con toda una sociedad. Por eso, en el ámbito probatorio priva, en protección de los

derechos ciudadanos especialmente el debido proceso (artículo 49, CRBV), el derecho a la defensa, que los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal, como lo pauta el artículo 197 del mismo.

Para que el medio de prueba sea admitido, debe referirse, como estatuye el artículo 198 del COPP, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Como puede observarse, la referencia, aun cuando no directa, al objeto de la investigación, es decir, al hecho o hechos, y obliga al operador judicial a la admisión del medio, lo cual indica que no requiere que esa referencia sea del todo precisa, clara y terminante, porque por importante es que el medio ofrecido sea útil para el descubrimiento de la "verdad". La utilidad se refiere, como apunta Devis Echandía[146], a que el hecho pueda demostrarse legalmente por ese medio y que el contenido de la prueba se relacione con tal hecho (puede probarse un contrato por escritura pública, pero puede darse el caso de que la escritura específica solicitada como prueba no se relacione en absoluto con él).

Según el numeral 5 del artículo 326 del COPP, "Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, presentará la acusación ante el tribunal de control. La acusación deberá contener: (...) 5.- El ofrecimiento de los medios de prueba que se presentarán en el juicio, **con indicación de su pertinencia o necesidad**" (negrillas nuestras). Por su parte, el numeral 7 del artículo 328 *eiusdem* (que según la doctrina mayoritaria se refiere al imputado, pues la posibilidad del Ministerio Público y del querellante ya está regulada en el artículo 326.5), indica que entre las facultades y cargas de las partes se encuentra la de "Promover las pruebas que podrían ser objeto en el juicio oral, **con indicación de su pertinencia y necesidad**" (negrillas nuestras). Refiriéndose al

[146] *Ob. Cit.*, pp. 134 y 135.

numeral 5 del artículo 326, Erick Lorenzo Pérez Sarmiento expresa que "(...) se exige la enunciación de los medios de prueba que se ofrece para el juicio oral, con indicación de su necesidad y pertinencia, es decir, con expresión de lo que se quiere probar con cada uno de los medios, lo cual exige razonamiento en la escogencia"[147]. Sin embargo, la necesidad o tema de la prueba (*thema probandum*) se refiere a lo que se debe probar en determinado proceso, es decir, los hechos controvertidos; mientras que la pertinencia de la prueba significa que ésta corresponde o sirve para demostrar los hechos objeto de prueba, o la que guarda relación con los hechos discutidos.

Como se puede apreciar, la indicación de la **pertinencia** (que el medio probatorio ofrecido sea idóneo para demostrar el hecho controvertido sujeto a prueba, los hechos enjuiciados, pues como afirma Taruffo, es suficiente para la admisión de la prueba solicitada que sea hipotéticamente idónea para aportar, directa o indirectamente, elementos de conocimiento sobre los hechos que deben ser probados[148]; y **necesidad de la prueba, tema de la prueba u obligatoriedad de la prueba** (*thema probandum*), no constituyen las mismas (pertinencia y necesidad de la prueba) el objeto del medio de prueba ofrecido, pues el objeto responde a la interrogante ¿qué se prueba? Se prueban los hechos afirmados controvertidos; mientras que la necesidad de la prueba tiene que ver con la interrogante ¿qué se debe probar?, que guarda directa relación con las razones o motivos de la prueba, es decir, la necesidad de probar, lo cual constituye el tema o necesidad de prueba (*thema probandum*).

La promoción de las pruebas **con indicación de su pertinencia y necesidad de la prueba** tendrá lugar en la audiencia preliminar, correspondiente a la fase intermedia del procedimiento penal; ello permitirá al juez, finalizada la audiencia, "Decidir sobre la legalidad, licitud, pertinencia y necesidad de la prueba ofrecida para el juicio oral" (artículo

---

[147] *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal,* 4ª edic., p. 364, Vadell Hermanos Editores, 2003.
[148] *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil, Ob. Cit.*, p. 78.

330, ord. 9º); y para que un medio de prueba sea admitido "(...) debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la investigación y ser útil para el descubrimiento de la verdad (...)" (primer aparte del artículo 198). La pertinencia de la prueba, en cuanto a que su promovente está obligado a establecer la relación que la misma tiene con lo que constituye el objeto del juicio y el *thema decidendi* para el juzgador.

Sin embargo, refiriéndose al recurso de casación, el artículo 463 *ibídem,* estatuye: "Cuando el recurso se fundamente en un defecto de procedimiento sobre la forma en que se realizó el acto, en contraposición a lo señalado en el acta del debate o la sentencia, deberá promoverse la prueba contenida en el medio de reproducción a que se contrae el artículo 334, si fuere el caso. Si éste no pudiere ser utilizado o no se hubiere empleado, será inadmisible la prueba testimonial. El medio se promoverá en los escritos de interposición o de contestación del recurso, **señalando de manera precisa lo que se pretende probar, so pena de inadmisibilidad** (...)" (negrillas nuestras).

Como se observa, lo que se pretende probar constituye el objeto de la prueba (el hecho alegado en el recurso que se fundamente en un **defecto de procedimiento** sobre la forma en que se realizó el acto, en contraposición a lo señalado en el acta del debate, y de no indicarse el mismo (el objeto), la prueba en sede casacional resulta inadmisible, como también así ocurre y como hemos anotado, a tenor de lo estatuido en el artículo 173 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, cuando se trata de la formalización o contestación del recuso de casación, si la formalización se funda en un **defecto de procedimiento** sobre la forma como se realizó algún acto, en contraposición a lo señalado en el acta del debate o en la sentencia; el formalizante o el impugnante está obligado a **señalar de manera precisa lo que se pretende probar**. Ello significa que si el formalizante, o el impugnante del recurso, no indica de modo preciso qué hecho o hechos pretende probar con la prueba que acompañe con la formalización, o la impugnación, la prueba allí promovida será declarada inadmisible en la audiencia oral que tendrá lugar en la Sala de Casación Social conforme al artículo 173 *in commento*, pues la falta de aquella indicación deja a la prueba en estado de ilegalidad por contradicción con lo exigido en esa norma legal.

Capítulo XI

Objeto de la prueba en la LOPNA

(i) En la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA, G. O. Nº 5.266 Extraordinario del 02-10-98), al tratar el procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales, exige en los literales "e" (prueba testimonial) y "f" (prueba pericial) del artículo 455, que el demandante, en el libelo de la demanda, indique los hechos sobre los que versará la prueba. En efecto, en el literal "e" se establecía que "en la prueba testimonial deberá indicarse... los hechos sobre los que cada testigo va a declarar"; mientras que según el literal "f", "en la prueba pericial, se indicaría en forma concreta los puntos sometidos al dictamen de los peritos". Sin embargo, aun cuando se debían indicar tales hechos, la omisión al respecto no traía como consecuencia o sanción la inadmisión de la demanda o de las pruebas a que aludía el artículo 455 *eiusdem*, tratándose de niños y adolescentes, y no podría acarrear sanción alguna, puesto que el Estado tiene la obligación indeclinable de tomar las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de cualquier índole que sean necesarias y apropiadas para asegurar que todos los niños y adolescentes disfruten plena y efectivamente de sus derechos y garantías (artículo 4º); más aún, cuando el interés superior del niño es

un principio de interpretación y aplicación de esta ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías (artículo 8, 7 actual), pues tales derechos y garantías son de orden público, intransigibles, irrenunciables, interdependientes entre sí e indivisibles (artículo 12), y comporta, además, entre otros derechos, el derecho a la justicia (artículo 87), a la defensa y al debido proceso (artículo 88).

De allí que la no indicación en el libelo de demanda de los referidos hechos, sobre los que versaba la prueba y a que se referían los literales mencionados, no daba lugar a la inadmisión de la demanda (ni de la prueba), pues el juez estaba obligado, en tal caso, a ordenar la corrección o subsanamiento de la omisión, dentro de los tres (3) días siguientes, contados a partir de la manera como prevenía el artículo 459; y en caso de incumplimiento de la prevención hecha por el juez, éste podrá remover del cargo al representante del niño o del adolescente. Se entendía que mientras no ocurriera el subsanamiento del defecto fáctico, no se procedía a ordenar la comparecencia de la otra parte, quien era prevenida por el Tribunal para que cumpliera con indicar los hechos de la manera ya observada. Lo mismo ocurría en el caso de producirse reconvención, admitida la contestación, el juez confería un plazo de tres días al demandante, como estatuía el artículo 465, siguiendo las mismas reglas de la demanda en cuanto a la prevención de subsanar los requisitos de forma que se haya omitido, y si el demandado reconviniente no cumpliere las prevenciones efectuadas en cuanto a subsanación de los requisitos que el juez le previno corregir, se declarará inadmisible la reconvención y el proceso continuará su curso.

Contestada la demanda o la reconvención, y resueltas las cuestiones previas, si las hubiere, el juez señalaba la oportunidad para el acto oral de la evacuación de pruebas (artículo 468). En efecto, el demandante estaba obligado a indicar los medios probatorios de que pretenda hacer valer sus derechos, así como la indicación de los hechos sobre los cuales cada testigo iba a declarar y de los puntos sometidos al dictamen de los peritos, y en caso de ofrecer documentales debía aportarlos con la

demanda y en su defecto indicar el lugar donde el juez los solicitaría; y en la prueba de confesión se consignaban los hechos concretos sobre los que versaba la misma, no admitiéndose hechos nuevos o sobrevenidos que no fueren debidamente introducidos al debate, puesto que esos hechos se debían alegar hasta antes de la realización del acto oral de evacuación de pruebas (art. 469). En realidad, la indicación del objeto de la prueba, en una materia tan especialísima y más aún, cuando se trata de los niños, niñas y adolescentes, de alguna manera era un obstáculo enervante del acceso a la justicia material del caso concreto, cuando el juez o la jueza deben ejercer de oficio el despacho *saneador,* para lo cual admitirá la demanda y ordenará su corrección.

(ii) Ahora en el artículo 456 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (G.O. Nº 5.859 Extraordinario del 10 de diciembre de 2007), no se pauta que la demanda deba contener la indicación de los medios probatorios, ni que en la prueba testimonial se indiquen los hechos sobre los que cada testigo va a declarar, como tampoco se consignan los hechos concretos sobre los que versaba la *prueba de confesión* o posiciones juradas[149] (art. 473) que se sustituyó por

[149] En nuestro proceso y ante el mal uso que se ha dado al juramento, ¿cómo puede influir el mismo en una persona que no tiene el menor sentido de ese acto de extraordinaria significación y trascendencia moral? El único que puede aprovecharse del juramento, en los procesos, es aquel promovente de la prueba carente de fundamentos morales y éticos, cuando adopta la vía de la presión orientada a obtener un "triunfo" fácil, ante la angustia y el sufrimiento del absolvente sometido por la fuerza de la coacción moral y física de la amenaza del perjurio. El ser humano acosado y bajo la amenaza de la pérdida de la libertad por el perjurio anunciado, cede muchas veces ante las bajas pasiones de quien lo presiona.
El perjurio, en nuestro sistema político social, se aplica según ciertas y determinadas conveniencias. Por "difamación" e "injuria", a muchas personas se les condena a pagar penas privativas de su libertad, bajo una "verdad formal" llevada falsamente a los autos mediante testigos mendaces y profesionales. La "verdad real" no aparece y el Juez, ocupado en múltiples casos, parece no tener tiempo para buscarla.
El perjurio puede resultar de las posiciones, pues el juramento tiene como presupuesto psicológico la coacción, en cuyo caso la libertad del absolvente queda sometida. La "verdad real" no va a aparecer en el proceso porque haya la amenaza del "perjurio", pues la verdad que se valora es casi siempre la que aparece en las actas del proceso. El absolvente bien puede estar diciendo la verdad en las posiciones y el promovente, bajo el

la *declaración de parte* (art. 479) en la realización de cuya prueba las partes se consideran juramentadas parta contestar al juez o jueza las preguntas que los mismos les formulen y las respuestas de aquéllas se tendrán como una confesión sobre los asuntos que se les interrogue.

---

sistema procesal penal existente, "demostrar" la existencia del perjurio como mecanismo para la extorsión y el chantaje.

Es una obsolescencia mantener ese interrogatorio procesal bajo juramento, en una sociedad como la nuestra en donde el juramento ha perdido eficacia y más bien se utiliza por algunos como ocasión propicia para el chantaje, cuando cualquier motivo del absolvente es bueno para amedrentarlo y obligarle, mediante la amenaza de la sanción penal, a que convenga en lo que quiere la otra parte, en desmedro y burla de la verdad, la ética; en perjuicio y daño al patrimonio moral y material del absolvente y su familia.

No entendemos por qué en el Código de 1986 se mantuvo el concepto de "posiciones juradas", cuando en beneficio del avance social y humano, para el logro de un moderno y más justo proceso civil, ha debido suprimirse el requisito del juramento que sólo sirve en el proceso para la presión psicológica o moral a que, muchas veces, se somete al absolvente con la intención de ganarle el proceso a como dé lugar, con aquello del perjurio que sólo se aplica a los tontos, máxime cuando el juramento, en verdad es "la invocación del nombre de Dios como testigo de la verdad, sólo puede prestarse con verdad, con sensatez y con justicia" (Código de Derecho Canónico, Nº 1.199, 1).

¿Acaso con el nuevo Código no se ha perdido la práctica de las posiciones? En efecto, obsérvese el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil o la desventaja de la "persona natural" frente a las "personas jurídicas", cuando éstas puedan designar al absolvente y aquéllas no, si nos atenemos a una simple y elemental interpretación literal de esa norma (Gilberto Guerrero-Quintero, Posiciones Juradas, pp, 38-41, 3ª edic., Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, 2002.

Capítulo XII

Objeto de la prueba en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario

Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (G. O. Nº 37.323, 13-11-01), en lo relativo a los hechos como objeto de prueba, se adapta a la tendencia moderna de exigir al demandante la indicación de los hechos en que se fundamenta la demanda. En caso de presentar oscuridad o ambigüedad el libelo de la demanda, el Juez de la causa apercibirá al actor para que dentro de los tres (3) días de despacho siguientes proceda a subsanar los defectos u omisiones que presente su libelo. De no hacerlo en el lapso, el juez negará la admisión de la demanda (artículo 214). Como se puede apreciar, el juez, en ejercicio del principio inquisitivo y para que el proceso constituya un instrumento para la realización de la justicia, ejerce el poder de corrección o subsanación, cuando observe que la demanda contiene defectos u omisiones que pudieran, incluso, referirse a la falta de indicación, de modo preciso y claro, de los hechos en que fundamenta el demandante la demanda. Precisamente, si el demandante indica defectuosamente los hechos en que fundamenta la demanda, o los presenta de manera oscura o ambigua, la obligación de subsanación

de tales omisiones por falta de claridad y precisión, hace que el demandado pueda conocer con claridad y precisión cuáles son los hechos presentados por el demandante, y pueda admitirlos o rechazarlos, en ejercicio de su derecho a la defensa.

Es así como el demandado, dentro del lapso de emplazamiento, en la contestación a la demanda deberá expresar con claridad cuál hecho invocado en el libelo admite como cierto y cuál niega o rechaza, expresando asimismo lo que creyere conveniente alegar. De no ser así, se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en el libelo, respecto a los cuales al contestarse la demanda, no se hubieren desestimado, ni aparecieran desvirtuados por ninguno de los elementos en el proceso (artículo 220). Y como el demandado deberá tachar los documentos acompañados con la demanda en la oportunidad de la contestación, formalizando en ese mismo acto la tacha; si el presentante insistiera en hacer valer dicho instrumento, contestará la tacha en la audiencia preliminar. Por su parte, el demandante podrá tachar los documentos acompañados por el demandado a su contestación antes de la realización de la audiencia preliminar o en esa misma audiencia, formalizando la tacha, pudiendo el demandado insistir en hacer valer el instrumento de que se trate, presentando su contestación en dicha audiencia. En tales casos, si el juez encontrare pertinente la prueba de alguno o algunos de los hechos alegados, es a él y no a las partes, a quien corresponde establecer cuáles son los hechos objeto de prueba; por lo que determinará en el auto de admisión de las pruebas (de la tacha) cuáles son aquellos hechos sobre los que va a recaer prueba de una u otra parte (artículo 266).

CAPÍTULO XIII

OBJETO DE LA PRUEBA EN LA LOPT

Salvo lo previsto en los artículos 93 (experticia), 111 (inspección judicial) y 173 (la prueba con la formalización o impugnación del recurso de casación), en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT), el legislador no exigió que el promovente de la prueba tenga el deber de indicar qué hechos trata de probar con la misma.

En el caso del artículo 93, la experticia sólo se efectuará sobre puntos de hecho, bien de oficio por el Tribunal o a petición de parte, indicándose con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse; y como la inspección judicial tiene por objeto "verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa" (artículo 111), es posible preguntarse ¿qué ocurre si el promovente de la prueba es el trabajador y éste no indica los hechos que pretende probar? ¿El juez debe declarar inadmisible la prueba por tal omisión? Aun cuando las normas *in commento* estatuyen, por una parte, que la experticia sólo se realizará sobre puntos de hecho, y que debe indicarse con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse; por la otra, como la inspección judicial tiene como finalidad verificar o esclarecer aque-

llos hechos que interesen para la decisión de la causa; no obstante pareciera que a pesar de tales exigencias y ante la referida omisión, como la única oportunidad que tienen las partes para promover pruebas es en la audiencia preliminar, salvo las excepciones establecidas en la Ley; al ser presentado el medio probatorio el juez de sustanciación, mediación y ejecución, una vez que la audiencia preliminar finalice, en ese mismo momento, deberá incorporar al expediente las pruebas promovidas por las partes, con la finalidad de su admisión y evacuación ante el juez de juicio, tal como lo estatuye el artículo 73 (LOPT), quien dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibido del expediente, admitirá las que sean legales y procedentes, y desechará las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, y en el mismo auto ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes, tal como lo contempla el artículo 75 *eiusdem*. Como se observa, sobre la prueba promovida en la audiencia preliminar, pareciera que el promovente está obligado a indicar qué hechos pretende probar con la misma, debiendo el juez pronunciarse admitiendo la que sea legal y procedente, y desechando la que aparezca manifiestamente ilegal o impertinente, en cuyo caso la prueba será ilegal cuando la misma es obtenida en contravención de una disposición expresa de la ley (como acontece con la obtenida en violación de derechos y garantías constitucionales de la parte contra quien se promueve, no obstante que nuestra Constitución se refiere a que "Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso", numeral 1 artículo 49); o mediante su incorporación al proceso o su promoción en infracción de una norma legal como ocurre con las posiciones juradas y el juramento decisorio, prohibidos por el artículo 70 (LOPT); y será impertinente la prueba que nada tiene que ver con los hechos del proceso (los alegados en la demanda y en la contestación que conforman o estructuran el *thema decidendum*), pues la prueba tiene por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes (artículo 69, LOPT). Es más, si los medios ofrecidos por las partes son insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes; ese medio insuficiente por ser incompleto o no apto, o aceptable e idóneo, en orden a que no forma la

convicción en el juez, no indica que debe ser desechado, sino que se procede en auto motivado a ordenar, si lo considera conveniente, la evacuación de medios probatorios adicionales que formen esa convicción.

De manera que si el promovente no indica qué hecho o hechos pretende probar con el medio ofrecido, es posible pensar que al juez no le está permitido que, por esa omisión, declare inadmisible la prueba por ilegal o impertinente, pues estaría infringiendo principios constitucionales tales como el del debido proceso y el derecho a la defensa, el derecho de acceder a la prueba (artículo 49, CRBV), del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de su derecho a la prueba (artículo 26 *eiusdem*), con sacrificio de la justicia material del caso concreto por la imposición de un rigorismo formalista (no esencial, artículo 257 *ibídem*); máxime cuando las normas del Código de Procedimiento Civil, atinentes a la promoción y admisión de las pruebas, no pueden ser aplicadas analógicamente en el proceso del trabajo, puesto que la analogía solamente la autoriza LOPT en la celebración de los actos procesales en ausencia de disposición expresa de la misma, en cuyo caso prohíbe que la norma aplicada por analogía contraríe principios fundamentales establecidos en aquella Ley, como se establece en el artículo 11; más aún, cuando el juez está obligado a orientar su actuación en el principio de prioridad de la realidad de los hechos y la equidad (artículo 2); y debe tener por norte de sus actos la verdad que inquirirá por todos los medios a su alcance y a no perder de vista la irrenunciabilidad de los derechos y beneficios acordados por leyes sociales a favor de los trabajadores, así como el carácter tutelar de las mismas; y por tal causa, tiene el juez que intervenir en forma activa en el proceso, dándole el impulso y la dirección adecuados, en conformidad con la naturaleza especial de los derechos protegidos (artículo 5); pues, además, cuando hubiere duda acerca de la aplicación o la interpretación de una norma o en caso de colisión entre varias normas aplicables al mismo asunto, se aplicará la más favorable al trabajador (artículo 9); e incluso el juez debe apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica, y en caso de duda preferirán la valoración más favorable al trabajador (artículo 10), pues como sostiene la Sala de Casación Social del TSJ, en sentencia de fecha 19 de junio de 2003 (exp. 03-029), "(...) los hechos a que pueden referirse y

sobre lo que pueden tener beligerancia las pruebas, quedan delimitados en el libelo y la contestación, sobre lo cual entonces estarán perfectamente al tanto las partes, excluyéndose así una posible deslealtad procesal, quedando para la sentencia definitiva el análisis y apreciación integral de las mismas y de su congruencia con el planteamiento del debate, en lo cual no estará el juzgador obligado, por lo que el promovente pueda señalar que es el objeto respectivo. A lo anterior, cabe añadir que en la generalidad de los casos el propio medio probatorio revelará claramente su objeto, y que en la especial materia laboral, en lo relacionado con la promoción y admisión de la prueba, es aplicable el artículo 69 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo (...)". La misma Sala en decisión de fecha 18-09-03, que luego se cita, sostiene que en ninguna parte se establece la indicación del objeto de la prueba como requisito de la validez de su promoción, y que el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, sólo autoriza a admitir las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, lo cual no es cosa que pueda considerarse derivada de la circunstancia de no indicarse en la promoción el objeto de las mismas. Por lo demás, los hechos a que pueden referirse y sobre los que pueden tener beligerancia las pruebas, quedan delimitados en el libelo y la contestación, quedando para la sentencia definitiva el análisis y apreciación integral de las mismas y de su congruencia con el planteamiento del debate, en la cual no estará el juzgador obligado por lo que el promovente pueda señalar que es el objeto respectivo; a lo que cabe añadir que en la casi totalidad de los casos, el propio medio probatorio revelará claramente su objeto.

Incluso, cuando se trata del **contrato colectivo de trabajo**, se ha llegado a considerar que el mismo tiene *carácter normativ*o y no de hecho y, que, por tanto no es susceptible de *valoración* (con lo cual se entiende que el juzgador *ad quem* no incurre en el vicio de inmotivación en caso de no apreciarlo), sino que ese instrumento es objeto de *interpretación*, pues en el mismo se regulan diversas áreas propias de la relación de trabajo; por lo cual se comprende que no es necesario indicar qué se pretende probar cuando se ofrece ese instrumento que contenga la contratación colectiva.

En efecto, la Sala Constitucional del TSJ en sentencia de fecha 16 de mayo de 2001, en amparo, resolvió:

> (...) En cuanto al argumento de la representación Fiscal de que la sentencia impugnada incurrió en vicio de inmotivación al no apreciar el contrato colectivo de trabajo Teleplastic C.A. (S.T.I.T.), específicamente en la cláusula 71 de dicho contrato, la Sala considera que el contrato colectivo tiene carácter normativo y no de hecho, y que por tanto no es susceptible de valoración sino de interpretación, conforme al sentido normativo establecido. Consta por lo demás que en el fallo impugnado se analizaron los hechos probados y alegados por las partes, y que de la apreciación de dichos hechos por el ya referido Juzgado Superior, éste resolvió el mérito de la controversia, sin que lo alegado por los accionantes sea susceptible de tutela constitucional, y así se declara (...). (*Vid*. también decisión de la misma Sala fecha 06-08-02, en amparo).

Sin embargo, la Sala Constitucional del TSJ en decisión de fecha 3 de octubre de 2002 (caso: Municipio Iribarren del Edo. Lara, en amparo), resolvió:

> (...) se debe precisar que, si bien no existe en Venezuela ninguna disposición expresa de la Ley que excluya al contrato colectivo del debate probatorio, la Convención Colectiva laboral debe ubicarse dentro del dominio del principio *iura novit curia* (del Derecho conoce el Tribunal), el cual, encontrándose vinculado con el también brocardo latino *Da mihi factum, dabo tibi jus* (Dame el hecho y te daré el Derecho), se utiliza para expresar el principio según el cual los jueces pueden aplicar en sus fallos las disposiciones legales y principios de derecho que, aún no habiendo sido invocados por las partes, rigen el conflicto materia de decisión (Couture, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1976. p. 366)

De acuerdo con el principio *iura novit curia* se sigue:

> 1.- Las partes no tienen la carga de probar la existencia del derecho, porque sólo los hechos están sujetos a prueba. Por excepción lo está en determinadas circunstancias el derecho extranjero y, en algunas legislaciones, las costumbres jurídicas.
>
> 2.- Los jueces tienen la obligación de conocer el derecho objetivo y de estudiarlo con o sin la colaboración de las partes.
>
> 3.- Los tribunales no están supeditados al derecho alegado por las partes; de tal modo que, aunque ellas no lo hagan valer o invoquen un derecho improcedente cometiendo errores en materia jurídica, los tribunales pueden fundar libremente sus resoluciones en las normas que estimen pertinentes sin que por ello se viole el principio de que los jueces han de sentenciar según lo alegado y probado en autos (Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. México. Ed. Porrúa. 19ª edic., 1990, p. 510)
>
> De hecho, el principio admite tres matices: a) aplicar el derecho no alegado por las partes, si es el que corresponde a la relación litigiosa y es congruente con lo pedido; b) aplicar el derecho correcto, cuando fue e*rróneamente invocado* por las partes; y c) *contrariar* la calificación jurídica de los hechos efectuada por los propios interesados (Díaz, Clemente. *Instituciones de Derecho Procesal*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1972. Tomo II. Jurisdicción y competencia. Volumen A. Teoría de la jurisdicción, pp. 218-220; Alvarado Velloso, Adolfo. *El Juez sus Deberes y Facultades*. Los derechos procesales del abogado frente al juez. Buenos Aires. Depalma. 1982. p. 181).
>
> En consecuencia, si conforme al Capítulo V de la Ley Orgánica del Trabajo la convención colectiva laboral constituye una "*norma jurídica en materia de trabajo*" y, por ende, es fuente de derecho en el ámbito jurídico laboral, como se desprende del artículo 60 del mencionado cuerpo legal, a contrario *sensu*,

no constituye un hecho y por ende forma parte del *iura novit curia,* no debiendo ser objeto del debate probatorio al ser susceptible de ser aplicada por el juez como derecho no alegado por las partes hasta en el propio momento de tomar la decisión definitiva sobre el caso en concreto.

Como antes apuntó la Sala, el principio *iura novit curia,* elimina a las partes la carga de probar el derecho, ya que éste no está sujeto a pruebas, en el sentido en que se prueban los hechos. Las pruebas de los hechos se adelantan en una determinada dimensión procesal (término probatorio u oportunidades prefijadas), mientras que la "prueba" del derecho, porque las partes quieran presentárselo al juez, temerosos de que éste no aplique el derecho vigente, puede tener lugar en cualquier estado y grado del proceso, como un elemento coadyuvante a la función judicial, con el fin de que si el juez no buscare el derecho correcto aplicable, lo conociere, pero sin que lo aportado por las partes en ese sentido, vincule al juez.

Siendo fuente del Derecho Laboral, si el juez conoce de alguna manera la convención colectiva vigente, la aplica; pero si no la conociere, está obligado a indagar sobre su existencia y contenido, y sólo si tal indagación falla, sentenciará sin tomarla en cuenta. Ahora bien, de aplicarla, porque gracias a su pesquisa o al aporte de las partes, llega a conocer la convención colectiva, en la sentencia la debe mencionar entre los motivos de derecho de la decisión, pero hasta allí llega, ya que el fallo a ejecutarse, o a complementarse por el mandato en él contenido, es el que contiene y fija el derecho aplicable.

Si en la sentencia definitiva, se ignora la valoración del derecho aplicable a la decisión, y la decisión queda firme sin tomarlo en cuenta, luego no podrá aplicarse, sin violar la cosa juzgada.

Como corolario de lo anterior, si una convención colectiva no fue aplicada durante la etapa de conocimiento de un proceso judicial determinado, mal puede ser tomada en consideración

> por los expertos durante una experticia complementaria del fallo definitivo del proceso judicial, pues a los expertos les toca simplemente concretizar los cálculos que corresponden conforme a lo decidido, al no poder encontrar el juzgador elementos suficientes en las actas para determinar el monto de la condena, y así se declara (...). (subrayado de la Sala).

Y la Sala de Casación Social del TSJ en decisión de fecha 18 de septiembre de 2003 (caso: M. Benguigui contra Banco Mercantil y otro) sostuvo:

> (...) Desde luego que este carácter jurídico (de considerarse derecho y no simples hechos sujetos a las reglas generales de la carga de alegación y prueba que rigen para el resto de los hechos aducidos por las partes en juicio), permite incluir a la convención colectiva de trabajo dentro del principio general de la prueba judicial según el cual el derecho no es objeto de prueba, pues se encuentra comprendido dentro de la presunción *legal iuris et de iure* establecida en el artículo 2º del Código Civil, según la cual: "La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento", con fundamento en la cual el derecho se presume conocido, sobre todo por el juez, lo que está consagrado como el principio *iura novit curia*, el juez conoce el derecho y, por lo tanto, las partes no tienen la carga de alegarlo ni probarlo, ni el juez el deber de examinar las pruebas que las partes hayan producido para la comprobación de su existencia, porque el deber de analizar y juzgar todas cuantas pruebas que se hayan producido en juicio, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a la prueba de los hechos y no del derecho (*Vid.* Sentencia Nº 4 del 23 de enero de 2003). E igualmente sostiene la Sala de Casación Social que, es menester aclarar que aunque la ley laboral incluya a las convenciones colectivas dentro de las fuentes del derecho del trabajo, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 literal a) de la Ley Orgánica del Trabajo, no son iguales, porque la fuente es de donde emana el derecho y la convención colectiva es el derecho mismo y ello es precisa-

> mente lo que dispensa a las partes de la carga de demostrarla, porque el juez puede de manera fácil y sencilla, dentro o fuera de juicio, comprobar su existencia, pues ésta se encuentra suscrita y depositada ante la Inspectoría del Trabajo, lo que no ocurre con el contrato individual de trabajo o con otras de las "fuentes del derecho laboral" indicadas en el artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo (...).

La Sala Constitucional del TSJ en decisión del 28 de febrero de 2008 (caso: Oswaldo Valdemar Cedeño Rojas, en solicitud de revisión conjuntamente con suspensión de los efectos de la sentencia Nº 0048, que dictó, el 31 de enero de 2007, la Sala de Casación Social de este Máximo Tribunal), afirmó:

> (...) En el presente caso, observa esta Sala que tal como lo señaló el peticionario, la Sala de Casación Social advirtió las infracciones en las que había incurrido el Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, en su sentencia del 16 de octubre de 2002, en la que además de desconocer la doctrina vinculante y reiterada de esa Sala respecto del carácter normativo del contrato colectivo, estimó inaplicable el Contrato Colectivo Petrolero suscrito entre PDVSA Petróleo y Gas y sus trabajadores, por no encontrarse *"...aportado en autos..."*; no obstante, dicha Sala declaró improcedentes ambas delaciones con base en que *"...declarar con lugar la presente denuncia generaría una reposición inútil, por cuanto, los conceptos y montos a los cuales fue condenada la parte demandada quedaron aceptados ..."*.
>
> Así las cosas, observa la Sala que la sentencia recurrida en casación, (que corre inserta al folio 70 y siguientes del expediente), declaró sin lugar las apelaciones ejercidas tanto por el actor como por la parte demandada, y revocó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo y del Tránsito de la misma Circunscripción Judicial el 9 de octubre de 2001,

> declarando parcialmente con lugar la demanda que por cobro prestaciones sociales interpuso el ciudadano Oswaldo Valdemar Cedeño Rojas (hoy solicitante) contra M-I Drilling Fluids de Venezuela, C.A., y contra PDVSA Petróleo y Gas, condenándolas a cancelar *"...las cantidades que resulten de los cálculos realizados por los conceptos demandados que corresponden de conformidad con la Ley Orgánica del Trabajo (...) sin aplicación del Contrato Colectivo Petrolero..."*.
>
> Siendo ello así, colige esta Sala que la sentencia objeto de revisión incurrió en un erróneo establecimiento y apreciación de los hechos, al estimar que los conceptos y montos a los cuales había sido condenada la parte demandada habían quedado aceptados, y que con ello se había satisfecho la pretensión del actor, aserto que no comparte esta Sala, puesto que, si bien el Tribunal de Primera Instancia había ordenado calcular los conceptos demandados bajo contrato colectivo petrolero, es decir, casi la totalidad de lo solicitado por la parte actora, no obstante, tal sentencia fue revocada por el Superior, en virtud de la apelación ejercida, con base en que *"...dicho contrato colectivo no fue aportado a los autos, lo que imposibilita a este Tribunal determinar con precisión la veracidad de los conceptos más aun de los montos alegados por el actor en su libelo.*
>
> Expuesto lo anterior, considera la Sala que la sentencia objeto de revisión debió precisamente, reconociendo el carácter normativo del contrato colectivo de Trabajo, que no admite que sea objeto de prueba, corregir el vicio advertido, al verificarse el supuesto contemplado en el cardinal 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al haber negado el Juzgado Superior la aplicación de una norma legal vigente (Artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo) (...).

Ahora bien, en cuanto a la indicación del objeto de la prueba en sede casacional, el promovente debe indicar qué hechos pretende probar con la prueba promovida, en el supuesto a que se contrae el artículo 173 LOPT, cuando se trata de la formalización o contestación del recurso

de casación, si la formalización se funda en un defecto de procedimiento sobre la forma como se realizó algún acto, en contraposición a lo señalado en el acta del debate o en la sentencia; el formalizante o el impugnante está obligado a **señalar de manera precisa lo que se pretende probar.** Ello significa que si el formalizante, o el impugnante del recurso, no indica de modo preciso qué hecho o hechos pretende probar con la prueba que acompañe con la formalización, o la impugnación, la prueba allí promovida será declarada inadmisible en la audiencia oral que tendrá lugar en la Sala de Casación Social conforme al artículo 173 de LOPT, pues la falta de aquella indicación deja a la prueba en estado de ilegalidad por contradicción con lo exigido en esa norma legal.

Nuestra Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en cierto modo se ha incorporado a la nueva corriente del proceso moderno, y de la propia constitucionalización del mismo, cuando en su artículo 71 estatuye que: "Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes", pues lo importante es tener siempre presente que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, y que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales (artículo 257, CRBV). La insuficiencia a que alude el artículo 71 *eiusdem*, podría entenderse no sólo en cuanto a que la prueba ofrecida pueda presentar algún defecto no sustancial que la haga inválida o ineficaz, incompleta, que no se baste a sí misma, que adolezca de una falla no esencial; sino que esa prueba ofrecida no es capaz por sí sola de formar aquella convicción en el juzgador. La mejor muestra de que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, y que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, es que en la norma *in commento*, nuestro legislador puso obstáculo enervante a las prácticas impugnativas en ese caso específico, al negar que la decisión allí contemplada sea impugnable.

Interesa resaltar el caso del artículo 124 de LOPT que **obliga** (no faculta) al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución a dictar el *des-*

pacho saneador, cuando observare en el escrito libelar que no se cumple con los requisitos o datos requeridos en el artículo 123 *eiusdem,* a *ordenar al solicitante*, con apercibimiento de perención, que corrija el libelo de la demanda, dentro del lapso de dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de la notificación que a tal fin se le practique; o como ocurre en el caso del artículo 134 *ibídem,* cuando de no ser posible la conciliación, el mencionado juez, a través del *despacho saneador* resolverá en forma oral todos los vicios procesales que pudiere detectar, sea de oficio o a petición de parte; y como la oportunidad para promover pruebas es en la audiencia preliminar, salvo las excepciones establecidas en la ley como pauta el artículo 73 de LOPT, es de considerar que aquel Juez puede indicar al promovente que haya omitido lo que pretende probar con el medio de prueba ofrecido, si lo considera conveniente, que precise dicho objeto omitido. Tal vez pudiera alegarse en contra de esta opinión que aquel Juez no tiene esa facultad, pero, entonces, se podría preguntar: ¿Por qué los artículos 124 y 234 de LOPT lo autoriza para dictar el despacho saneador a que tales normas se refiere?

CAPÍTULO XIV

OBJETO DE LA PRUEBA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA VENEZOLANAS

Para Jesús Eduardo Cabrera Romero, en la mayoría de los medios de prueba, el promovente, al momento de anunciarlos, debe indicar qué hechos trata de probar con ellos, por lo que resulta fácil comparar lo que se pretende probar, con los hechos alegados controvertidos y por tanto, calificar o no la pertinencia o la impertinencia manifiesta. Por tratar el objeto de la prueba de afirmaciones sobre cuestiones fácticas que cursan en autos (hechos alegados en la demanda y en la contestación), al juez le es atribuida la calificación oficiosa de la pertinencia, medie o no oposición formal, lo que decidirá en el auto de admisión o negativa de prueba, que se dicta como consecuencia de la promoción. Existen medios que pueden ser propuestos sin necesidad de señalar su objeto, tales como la confesión judicial, que se trata de provocar mediante posiciones juradas, y en el CPC de 1987, la prueba de testigos. Con ambos medios y otros semejantes, la oposición por impertinencia no funciona a priori y debe interponerse con motivo de la evacuación de

la prueba, para que no se reciba toda ella o sectores de la misma. La oposición por esta causa queda diferida al instante de su evacuación[150].

Y para el mismo autor, "(...) Sólo expresando con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece, puede el juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente, y por ello el Código de Procedimiento Civil de manera puntual requirió la mención del objeto del medio en varias normas particulares (artículos 502, 503, 505, 451, 433 y 472) y en forma general en el artículo 397, quedando exceptuados de dicha carga al promoverse la prueba: las posiciones juradas y los testigos, donde el objeto se señalará al momento de la evacuación. Todas estas normas buscan una mejor marcha del proceso, tratan de precisar lo pertinente, tratan de evitar que el juez tenga que realizar la labor de valoración que le impone el artículo 509 del CPC, sobre medios que por inadmisibles no se les ha debido dar entrada (...)" (XXII Jornadas "J. M. Domínguez Escobar". *Derecho Procesal Civil*, el CPC 10 años después, p. 247).

Es importante observar que el criterio del profesor Cabrera Romero sobre el objeto de la prueba judicial, contiene varios puntos de apoyo, que son necesarios resaltar: 1.- Que en la mayoría de los medios de prueba, el promovente, al momento de anunciarlos, **debe** indicar qué hechos trata de probar con ellos, pues sólo así puede el juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente; 2. Que por ello, el Código de Procedimiento Civil de manera puntual requirió la mención del objeto en varias normas particulares (artículos 502, 503, 505, 451, 433 y 472) y en forma general en el artículo 397, quedando exceptuados de dicha carga al promoverse la prueba las posiciones juradas y los testigos, donde el objeto se señalará al momento de la evacuación; y 3.- Que la finalidad de tales normas procesales es buscar una mejor marcha del proceso, que tratan de precisar lo pertinente, tratan de evitar que el juez tenga que realizar la labor de valoración que le impone el artículo 509 del CPC, sobre medios que por inadmisibles no se les ha debido dar entrada.

---

[150] *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre*, t. 1, pp. 36 y ss., Edit. Jurídica Alva, Caracas, 1989.

Al efecto, los artículos 502, 503, 505, 451, 433, 472 y 397 del Código de Procedimiento Civil, estatuyen lo siguiente:

> **Artículo 502.-** El Juez, a pedimento de cualesquiera de las partes y aun de oficio, puede disponer que se ejecuten planos, calcos y copias, aun fotográficas, de objetos documentos y lugares, y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos.
>
> **Artículo 503.-** Para comprobar que un hecho se ha producido o pudo haberse producido en una forma determinada, podrá también ordenarse la reconstrucción de ese hecho, haciendo eventualmente ejecutar su reproducción fotográfica o cinematográfica. El Juez debe asistir al experimento, y si lo considera necesario, podrá encomendar la ejecución a uno o más expertos que designará al efecto.
>
> **Artículo 505.-** Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto.
>
> Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba, las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje.
>
> **Artículo 451.-** La experticia no se efectuará sino sobre puntos de hecho cuando lo determine el Tribunal de oficio, en los casos permitidos por la ley, o a petición de parte. En este último caso

se promoverá por escrito, o por diligencia, indicándose con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse.

Artículo 433.- Cuando se trate de hechos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en oficinas públicas, bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles, e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio, el Tribunal, a solicitud de parte, requerirá de ellas informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos, o copia de los mismos.

Las entidades mencionadas no podrán rehusar los informes o copias requeridas invocando causa de reserva, pero podrán exigir una indemnización, cuyo monto será determinado por el Juez en caso de inconformidad de la parte, tomando en cuenta el trabajo efectuado, la cual será sufragada por la parte solicitante.

Artículo 472.- El Juez, a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos. La inspección ocular prevista en el Código Civil se promoverá y evacuará conforme a las disposiciones de este Capítulo.

Artículo 397.- Dentro de los tres días siguientes al término de la promoción, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos.

Pueden también las partes, dentro del lapso mencionado, oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

En consideración de las normas procesales antes citadas, nos parece necesario realizar algunas anotaciones.

1.- En los artículos 502, 503, 505 y 433 del Código de Procedimiento Civil no se exige de manera **puntual** (puntual: exacto, preciso, detallado), que el promovente de la prueba esté obligado a expresar con precisión lo que quiere probar con el medio que ofrece.

Esas son normas jurídicas y como tales son reglas de conducta obligatoria dirigidas a las partes en el proceso y no sólo a las mismas sino al juzgador para que las aplique al caso concreto. Y si el promovente de la prueba no cumple la exigencia de la norma, la consecuencia inmediata es la sanción que la norma contempla. En el caso de las antes mencionadas normas jurídicas, no aparece en ellas alguna sanción procesal atinente a la inadmisibilidad del medio probatorio ofrecido cuando su promovente no indique qué es lo que pretende probar con el mismo, en cuyo caso su omisión no apareja la sanción de inadmisibilidad. La sanción debe ser expresa. Se trata, entonces, que como en esas normas no se contempla ninguna sanción en contra del promovente omiso, podría interpretarse que se incorpora la sanción a la norma, para hacer depender de ésta una consecuencia no prevista: la inadmisibilidad de la prueba. Por tanto, si el promovente no afirma de modo preciso qué es lo que pretende probar con la prueba ofrecida, no contemplando la norma tal exigencia, tampoco es admisible se trate de existir una laguna en las mencionadas normas procesales, que, en consecuencia, deba el juzgador llenarla para aplicar la norma al caso concreto, en cuyo caso la actividad judicial no es *interpretativa* sino *constructiva* o *creadora,* es decir, labor de *integración*. En efecto, aquellas normas jurídicas para su aplicación inmediata al caso específico, no tienen ningún obstáculo. Para su aplicación no podemos legalmente afirmar que las mismas contemplan la referida sanción. Las mencionadas normas jurídicas pueden tener lagunas. Es posible y lógico que las tengan, pero no en orden a su aplicación del modo que estamos considerando. La norma jurídica no es perfecta sino perfectible. Si fuese perfecta la misma contendría un absoluto que no se podría tocar para introducirle más contenido, carecería de lagunas, y se aplicaría sin dificultad alguna; en cuyo caso el juez no podría interpretarla ni llenar vacíos, que no tendría, mediante aquella labor o actividad integradora: integrar la ley. La existencia de

lagunas –como aprecia Véscovi– marca el límite de la tarea del intérprete como tal. Cuando una ley no ha previsto el caso, no puede hablarse de interpretación. Si hay un vacío, hay que llenarlo, esto se llama *integrar* la ley. Esta función de colmar las lagunas legales, es decir, la tarea de integración de la ley, corresponde al juez, que cuando va a fallar tiene que encontrar una norma para aplicar. La norma que el juez cree, en caso de vacío, solamente será válida –como todas las sentencias judiciales– para el caso concreto para el que fue dictada[151]. La integración de la ley corresponde al juez cuando en presencia de una laguna legal, tiene que encontrar la norma apropiada para dictar sentencia, pues el juez no puede dejar de decidir o fallar alegando silencio de la ley. En efecto, conforme al artículo 4 del Código Civil, a la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho, sin que al juzgador puede permitírsele abstenerse de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, y asimismo, el que retardare ilegalmente dictar alguna providencia, será penado como culpable de denegación de justicia (artículo 19 CPC).

Es, pues, evidente que en los artículos 502, 503, 505, 451, 433, 472 y 397 del Código de Procedimiento Civil, no aparece la exigencia, para el promovente de la prueba, del deber de precisar qué es lo que pretende probar con la misma, qué hechos pretender probar, por lo cual no se trata de colmar lagunas o vacíos en la ley –para sólo así poderla aplicar–, de modo que el juez deba llenarlos integrando la ley, pues el juez no tiene obstáculo para deducir si el medio ofrecido es ilegal o impertinente. Se trata, en tal caso, el deber del juez de providenciar los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, como lo exige el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil.

---

[151] *Introducción al Derecho,* p. 160, Edit. B. de F., Buenos Aires, 2001.

En efecto, cuando el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil faculta al juez, a pedimento de cualesquiera de las partes y aun de oficio, para que pueda disponer se ejecuten planos, calcos y copias, aun fotográficas, de objetos, documentos y lugares, y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos; la norma no exige a la parte expresar con precisión lo que pretende probar, no obstante se comprende que la finalidad de la actividad probatoria buscará demostrar el hecho o los hechos afirmados. Y lo mismo ocurre en relación con el artículo 503 *eiusdem,* que tampoco contiene aquella exigencia, para comprobar que un hecho se ha producido o pudo haberse producido en una forma determinada, en cuyo caso el juez podrá también ordenar la reconstrucción de ese hecho, haciendo eventualmente ejecutar su reproducción fotográfica o cinematográfica. El Juez debe asistir al experimento, y si lo considera necesario, podrá encomendar la ejecución a uno o más expertos que designará al efecto. Y en relación con el artículo 505 *ibídem,* el mismo de ninguna manera contempla aquella exigencia, pues únicamente se refiere a que si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto. Y si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba, las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje. El artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, relativo a la prueba de informes, tampoco exige de modo puntual que su promovente esté obligado a indicar con precisión qué pretende probar con esa prueba, cuando se trate de hechos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en oficinas públicas, bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles, e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio.

Como queda demostrado, ninguna de las normas procesales antes referidas requiere que el promovente de la prueba esté obligado a indicar qué hechos pretende probar con la misma; y menos aún que la no precisión o indicación de los hechos constituya motivo de inadmisibilidad de la prueba al no poderse, así, determinar la pertinencia. Es fácil comprender que si el medio probatorio ofrecido no guarda relación con los hechos afirmados en la demanda o en su contestación, la prueba no será pertinente. Con el sistema actual el control de la prueba no sólo la tiene el juez, sino también la otra parte, pues dentro de los tres días siguientes al término de la promoción, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba; y si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos. Es más, dentro del lapso mencionado, las partes pueden oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

2.- Conforme al artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, relativo a la prueba de inspección judicial, el Juez, a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos. Y en materia de experticia, el artículo 451, sí resulta exigente para su promovente, que está obligado a indicar con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse. Sin embargo, como esa norma es preconstitucional, si su promovente no indica qué hechos pretende probar con la misma, con fundamento en el derecho de acceso al medio probatorio estatuido por el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución Nacional, ¿no dará lugar a que el juez fije oportunidad al promovente omisivo, como observamos *supra,* para que subsane ese defecto procesal, puesto que conforme al artículo 257 *eiusdem,* el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia del caso concreto?

Lo esencial, en tal caso, es la necesidad de admitir que el derecho de acceder a las pruebas ha adquirido rango constitucional de manera expresa, aun cuando ese derecho no es absoluto sino relativo, y como el artículo 451 *in commento* exige que el promovente de la experticia está obligado a indicar con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse la misma; sin embargo, esa exigencia, de no cumplirse no puede significar que la sanción contra el promovente omiso sea la de declarar inadmisible la prueba. Al contrario, toda sanción es expresa, no sobreentendida. Y si quien ofrece ese medio de prueba no cumplió con indicar con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse la misma, no por esa omisión debe sancionársele, pues, entonces, de nada servirían los principios constitucionales contenidos en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución Nacional. Si el juzgador procede en sentido contrario, se pudiera presentar, en atención a que el derecho de acceder a las pruebas ha adquirido rango constitucional de manera expresa: **(i)** un obstáculo enervante que impide el acceso a la justicia material del caso concreto, pues con la inadmisión de la prueba, porque su promovente no indicó qué pretendía probar con la misma, se le quita el derecho a presentar el medio demostrativo del hecho o hechos afirmados, e incluso a desvirtuar el hecho o los hechos de la parte contraria; **(ii)** la frustración de la relación existente entre el derecho a la prueba y a la defensa, puesto que la vinculación es tan íntima entre las dos, que la inadmisión de la prueba conduce a que su promovente quede en estado de indefensión (es el juez quien inadmite en tal caso la prueba al no aplicar la Constitución con preferencia, frente a la norma procesal preconstitucional), pues es preferible admitir la prueba, salvo su apreciación en la definitiva, que inadmitirla bajo el rigor de una interpretación restrictiva de la norma procesal, máxime cuando ésta debe ser interpretada acorde con la Constitución Nacional, lo que implica darle un sentido tal que permita la efectividad del principio de la tutela judicial efectiva y al derecho a la defensa, pues como ha sostenido el Tribunal Constitucional español en decisión del 21-11-95, "(...) aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obs-

táculo insalvable para su prosecución, con repudio por lo tanto de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma (...)"[152].

Prácticamente ningún sentido tendría la administración de justicia sin el ejercicio por las partes del derecho a la prueba, y no sólo éste sino a que luego de ofrecida en el proceso, no siendo ilegal o impertinente, sea admitida, practicada y valorada en la definitiva para la tutela judicial efectiva de ese derecho en la solución del caso concreto. Ese derecho a la prueba, en toda su dimensión procesal, está inseparablemente unido al derecho a la defensa, pues de nada valdría tener aquel derecho sin poder ejercerlo. El derecho de acceder a la prueba (Nº 1 artículo 49 CRBV) no es letra decorativa en el texto constitucional, y todo cuanto constituye un formalismo enervante en la admisión de la prueba debe rechazarse, máxime si ese formalismo pudiere devenir de la interpretación literal o acomodaticia de la norma que regula la admisión de la prueba, aislada del texto constitucional que ha constitucionalizado el proceso y, por tanto, el derecho a la prueba.

El derecho de acceder a la prueba no se reduce al ofrecimiento del medio probatorio, sino que el mismo comprende mucho más: que la prueba sea admitida, evacuada y valorada en la sentencia definitiva, cuando tenga influencia determinante en la decisión de la causa.

Y aún más, si bien con alguna reserva como para sostener, como afirma Oswaldo Alfredo Gozaini, que existan actualmente dos conceptos enfrentados, podemos señalar que el criterio de considerar a la prueba como objeto de *demostración* se ha puesto en duda para entenderla como mecanismo de *confirmación*. Es decir, que se abandona la idea tradicional de investigación de la verdad para dar lugar a la verificación de lo afirmado. En esto el abogado desarrolla el principal rol, al tener que averiguar previamente para afirmar en su demanda la pretensión que promueve y obtener sentencia favorable si confirma el contenido de su postulación. Para ser claros, al oponer los conceptos de averigua-

[152] Francisco Rubio Llorente y otros, *Ob. Cit.*, pp. 268 y ss.

ción y verificación no queremos decir que los términos estén contrapuestos, sino que tienen significados diferentes, pero que son indudablemente complementarios porque el prefijo latino 'a' significa caminar hacia algo, y verificar significa caminar hacia la verdad. Entonces, si averiguar significa caminar hacia la verdad, verificar significa presentar esa verdad. Siendo así, primero se averigua y después se verifica, con la necesaria advertencia de que la etapa de averiguación no constituye actividad probatoria, sino procedimiento previo, como actividad procesal al fin[153].

3.- El artículo 397 del Código de Procedimiento Civil no requiere que el promovente de la prueba esté obligado a indicar qué hechos pretende probar con la misma.

Dentro de los tres días siguientes al término de la promoción, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos.

Pueden también las partes, dentro del lapso mencionado, oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

Puede colegirse fácilmente que dentro de los tres días siguientes al término de la promoción, cada parte **deberá** expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte; pero en la praxis ocurre, casi siempre, que la contraparte nada dice al respecto y ante su omisión la ley contempla, como consecuencia, que los hechos se consideran contradichos. Pero, además, eso no impide que la contraparte, en ejercicio del derecho a controlar y contradecir la prueba, pue-

[153] *La Prueba en el Código General del Proceso, Ob. Cit.*, en libro homenaje al profesor Santiago Sentís Melendo, p. 74.

da oponerse a la admisión de las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. Por eso resulta inadmisible que si el promovente no indica qué hechos pretende probar con el medio ofrecido, por esa omisión la prueba se califique por el juez como ilegal al no poderse valorar su pertinencia, tal como lo ha afirmado la Sala Constitucional del TSJ en su decisión *supra* citada.

Es más, interpretándose el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, y no sólo el mismo sino los artículos 502, 503, 505, 451, 433 y 472 *eiusdem,* en concordancia, no aisladamente, con los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución Nacional, se puede comprender sin ninguna dificultad, que como consecuencia de la constitucionalización del proceso, se ha elevado a la categoría de principio procesal la prohibición de anticipar los resultados de la prueba: la pertinencia de un medio probatorio no puede apreciarse antes de su práctica, basándose en juicios apriorísticos de que la prueba propuesta no alcanzará los resultados pretendidos; más aún, cuando el principio del ***favor probationis***[154] actúa en beneficio de la admisión, pues el mismo tiene que ver con el favorecimiento de la prueba en cuanto a su producción y estimación, así como con el mantenimiento o conservación de la prueba cuando ha sido promovida y evacuada de manera regular, con las debidas garantías dentro del procedimiento, y contribuye en la realización de justicia material del caso concreto y con la actividad del órgano jurisdiccional a la hora de dar respuesta al justiciable.

El fundamento de la prohibición se encuentra tanto en la correcta tutela de la imparcialidad del juez, como en el derecho de las partes a probar los hechos discutidos en el proceso. El acceso a ese logro, diría Augusto Mario Morello, el de la verdad objetiva material (que es uno de los contenidos más ricos y trascendentes del acceso a la justicia), impone el esclarecimiento necesario para arribar a ella; por ende no puede resul-

[154] En la doctrina se afirma la existencia de dos ámbitos en los cuales se desarrolla ese principio: sobre la admisibilidad de la prueba en caso de duda, y el de que ciertos medios favorecen a una parte determinada en caso de duda.

tar turbado por el excesivo rigor formal en la interpretación de las normas procesales, pues ello resulta lesivo del adecuado servicio de justicia garantizado por la Ley Fundamental[155].

4.- Es verdad que todas las citadas normas procesales (artículos 502, 503, 505, 451, 433, 472 y 397 del Código de Procedimiento Civil) buscan una mejor marcha del proceso, pero no pueden evitar que el juez se encuentre, en todo caso, obligado a realizar la actividad de valoración de la prueba que le es impuesta por el artículo 509 *eiusdem,* según el cual los jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del juez respecto de ellas; como por ejemplo, la prueba es admisible, inadmisible, no aporta ningún elemento de convicción en la solución de la controversia, o la misma carece de influencia determinante en la suerte del proceso.

En realidad se desea significar que como aquellas normas procesales son preconstitucionales, las mismas deben interpretarse en el sentido de que la Constitución Nacional consagra no solamente el derecho de la persona a obtener una justicia sin formalismos inútiles, que obstaculicen su derecho de acceso a la administración de justicia (artículo 26), sino también que tales normas se adapten al principio constitucional que consagra el derecho a la defensa, al debido proceso, en orden a facilitar el ejercicio del derecho de acceder a la prueba (1, artículo 49), a ser oída en cualquier clase de proceso, antes de declararse inadmisible la prueba (3, artículo 49), tratándose que el proceso es un instrumento para la realización de la justicia del caso concreto, debiendo las leyes procesales establecer la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites, sin que se permita sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales (artículo 257). De allí que la necesaria labor del juzgador consiste, en tales casos, en integrar las normas jurídicas preconstitucionales a la Constitución vigente, con la finalidad de subsanar las deficiencias que las mismas puedan presentar para la facilitación del ejercicio

[155] *Ob. Cit.*, pp. 337 y 338.

de esos derechos, y no en preservar los obstáculos que los impidan. No se trata de colocar al justiciable el peso de una carga que más bien la Constitución Nacional le quita.

5.- En las pruebas de confesión judicial y de testigos, tampoco las normas que las regulan exigen que su promovente tenga el deber de indicar previamente[156] con precisión qué pretende probar con las mismas, salvo a su promovente, al momento de la práctica o realización, de referirse a los hechos afirmados controvertidos y pertinentes al mérito de la causa (artículos 403, 404, 405 y 410. CPC), así como aquellos hechos ocurridos antes del acto de posiciones juradas (artículo 414 *eiusdem*) y cuando la posición se refiera a hechos nuevamente aducidos (artículo 419 *ibídem*). Y en relación con los testigos, el artículo 482 del mismo Código expresa que al promover la prueba de testigos, la parte presentará al Tribunal la lista de los que deban declarar, con expresión del domicilio de cada uno; y el juez, al admitir la prueba, fijará una hora del tercer día siguiente para el examen de los mismos (artículo 483). Cada pregunta y repregunta, al testigo, versará sobre un solo hecho (artículo 485). Como se observa, la referencia normativa a los hechos controvertidos del proceso, objeto de prueba se traduce que los mismos se plantean al absolvente o al testigo que rinde su deposición en el momento de la práctica de cada una de tales pruebas, y no en el momento del ofrecimiento de las mismas.

6.- Si quien ofrece el medio probatorio no indica con precisión los hechos que pretende probar, ¿por tal omisión el juez no puede calificar si el medio ofrecido es impertinente o no, lo que conduce a la inadmisibilidad de la prueba? Cuando el promovente no realiza esa actividad lo que ocurre es que al juez se le dificulta la calificación sobre la pertinencia o

[156] Salvo el caso de la precisión o indicación anticipada y con la promoción de la prueba, por ejemplo, cuando se trata de la prueba testimonial en cuyo caso deberá indicarse los hechos sobre los que cada testigo va a declarar (artículo 455, literal e, LOPNA); mientras que tratándose de la prueba de confesión "...se consignarán los hechos concretos sobre los que versará la misma, no admitiéndose hechos nuevos que no fueren debidamente introducidos al debate..." (artículo 473 *eiusdem*).

impertinencia del medio probatorio ofrecido, pero de ninguna manera queda el juzgador impedido o imposibilitado de hacer tal calificación, pues, por una parte, el método que utiliza consiste en indagar cuáles fueron los hechos alegados en la demanda o su contestación, según corresponda, y su confrontación o comparación con los hechos que aparezcan en el medio probatorio ofrecido, para así determinar o calificar la pertinencia o impertinencia del mismo, salvo cuando se trata de las pruebas de posiciones juradas y la de testigos, que con su solo ofrecimiento no puede conocer el juez sobre qué hechos versará la prueba, hasta tanto no se realice cada una de esas pruebas, y no por eso las mismas son inadmisibles. Y esa labor de indagación o investigación no se realiza en solitario (por el juez), pues la parte a quien se opone la prueba tiene el derecho no sólo de conocerla sino de contradecirla, o utilizarla si le conviene. Es más, la propia Sala de Casación Civil del TSJ en decisión de fecha 15 de noviembre de 2004 (caso: Constructora Gelomaca, C.A. contra Comunidad de Propietarios...,), afirmó que: "...basta que el objeto de cada medio probatorio se evidencie del escrito de promoción para que éstas se tengan como válidamente presentadas en el proceso...", con lo cual pareciera relativizarse su propia doctrina según la cual sólo expresándose con precisión lo que se quiere probar, puede el juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente. Es decir, que para la Sala la prueba es admisible cuando lo que se pretende demostrar con el medio probatorio ofrecido pueda ***evidenciarse*** en el mismo (tenerse la certeza, sin duda, hacerse presente, tener la convicción, la seguridad; hacer patente y manifiesta la certeza de una cosa), por lo cual ya no será necesaria la aludida precisión en la indicación del objeto de la prueba en tal caso, cuando del medio probatorio ofrecido pueda obtenerse la certeza o convicción de que el hecho afirmado discutido puede hacerse presente; y que el juzgador está, entonces, obligado –como hemos observado– a indagar cuáles fueron los hechos alegados en la demanda o su contestación, según corresponda, y su confrontación o comparación con los hechos que aparezcan en el medio probatorio ofrecido, para así determinar o calificar la pertinencia o impertinencia del mismo.

El problema hay que verlo desde el comienzo, vale decir, que mientras nuestra normativa procesal civil no se actualice, la vigente vale para lo que estamos afirmando. Por eso, se hace necesario que, por ejemplo y para decirlo de alguna manera, se contemple en la reforma del Código de Procedimiento Civil, que en la demanda se deben exponer de modo preciso, ordenado y claro los hechos, con la finalidad de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar; y que, a su vez, el demandado esté obligado a admitir o negar los hechos alegados por el demandante. El juez podrá ordenar de oficio o a pedimento de parte, la subsanación ante la falta de claridad y precisión de los hechos afirmados. En caso de no formularse aclaraciones y precisiones, el tribunal sólo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor o, en su caso, del demandado en la reconvención, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones. De no producirse la conciliación, en la audiencia preliminar, las partes deberán fijar los hechos sobre los que exista conformidad, para que luego ocurra la proposición y admisión de la prueba. Y para apuntalar con mayor precisión y claridad la función del juez o tribunal, en cuanto a que el proceso constituye un instrumento para la realización de la justicia (artículo 257, CRBV); si el tribunal considera que las pruebas ofrecidas por las partes no son suficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo manifestará a las mismas, señalando el hecho o hechos que, según su criterio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria, y no por eso el juez dejará de ser imparcial, sin faltar al principio de la igualdad procesal, porque estará concediendo lo mismo a las partes y no a una sola de ellas, según corresponda; y al realizar esta actividad el tribunal, sujetándose a los elementos probatorios que aparezcan de autos, podrá indicar, asimismo, la prueba o pruebas cuya práctica considere necesarias para la solución de la controversia. En este caso, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal, que no por eso dejará de ser imparcial, pues su deber es garantizar una justicia accesible, idónea, autónoma, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas ni formalismos inútiles (artículo 26, CRBV); y una vez admitidas las pruebas legales y pertinentes, en la audiencia de juicio se practicarán las mismas. Se trata, entonces, de

facilitar el derecho de acceso a la justicia, a la prueba y su admisión, práctica y valoración; y no de obstaculizar la misma. Y más allá de eso, en definitiva, lo que se requiere es la *socialización del proceso,* que significa no sólo mayor eficiencia de la justicia sino que la misma se haga comprensible a mayor número de personas, como se deduce de la Constitución vigente (CRBV).

Ahora bien, el criterio del profesor Cabrera Romero ha sido acogido por las Salas Plena, Constitucional y de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (como *infra* se observa), sin que hasta ahora haya sido objeto de análisis crítico constructivo sobre sus bondades (las ventajas en beneficio del proceso –del juez y la otra parte porque facilita su labor procesal– y para el litigante cuya contraparte incurre en la mencionada omisión que le facilita fácilmente su triunfo en el proceso; o el malestar que el mismo pudiere causar al litigante inadvertido, sobre todo cuando de las resultas adversas del proceso se trata, al omitir el cumplimiento de los requisitos que ese criterio requiere, a los efectos de evitar la inadmisibilidad del medio probatorio ofrecido, y más aún, cuando admitido, sin cumplir con tales requisitos, se afirme por la Sala de Casación Civil del TSJ, que la no valoración de la prueba por el juzgador de instancia no le hace incurrir en el vicio de silencio de prueba como error de juzgamiento.

Como el referido criterio se fundamenta que "en la mayoría de los medios de prueba, el promovente, al momento de anunciarlos, debe indicar qué hechos trata de probar con ellos, por lo que resulta fácil comparar lo que se pretende probar, con los hechos alegados controvertidos y por tanto, calificar o no la pertinencia o la impertinencia manifiesta"; y como la Sala Constitucional del TSJ también ha acogido este criterio ("...A todo medio de prueba hay que señalarle al ofrecerlo, cuáles son los hechos que con ellos se pretende probar. De este sistema sólo escapan los testimonios y la confesión que se trata de provocar mediante las posiciones juradas..." (sentencia del 01-11-01, exp. 01-1274); pareciera existir, entonces, un precedente con fuerza obligatoria vinculante para las demás Salas del TSJ y los tribunales de la República, pues "La fuerza obligatoria del precedente de la Sala Constitucional radica en la atribución que tiene conferida la Sala como máximo intérprete de las normas

y principios constitucionales, **pero esta interpretación con fuerza obligatoria vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República,** ***se extiende al contenido y alcance de las normas de contenido legal*** **para ajustarlas al texto constitucional, máxime cuando todavía prevalece en nuestro ordenamiento jurídico la legislación preconstitucional**" (subrayado nuestro); por lo que "En este sentido, encuentra la Sala que el juez incurre en conducta indebida en el ejercicio de su función si se negara aceptar el precedente de la Sala Constitucional en el momento de decidir acerca de un caso similar, supuesto en el cual, la inobservancia del precedente debe ser sancionada jurídicamente" (resaltado nuestro. Decisión de fecha 18-06-03, caso: Asociación para el Diagnóstico en Medicina del Estado Aragua, ASODIAM). Esta decisión resulta interesante su apreciación también por contraste con su sentencia de fecha 27 de febrero de 2003, cuando afirmó que "(...) **si bien la sentencia en referencia no es vinculante conforme a los extremos establecidos en la Constitución**, es un principio sano que se aplica para hacer más claro y expedito un procedimiento obviando retardos innecesarios y desechando *ab-initio*, aquellas pruebas presentadas que no señalen cuál es el objeto o hecho que pretenden demostrar, con lo cual no se está perjudicando a ninguna parte, porque son ellos los que deben someterse al procedimiento legalmente establecido, a fin de permitir su normal desarrollo (...)" (Resaltado nuestro. *Vid. infra*).

Sin embargo, no concuerda esa doctrina interpretativa, ***sobre el contenido y alcance de las normas de contenido legal*** –aun cuando sea para ajustar las normas legales a la Constitución– con el artículo 335 de la CRBV, pues "Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República"; y tampoco con el criterio del Tribunal Constitucional Federal Alemán, cuando se le atribuye a las decisiones de éste efectos vinculantes (*ratio decidendi*, cosa juzgada implícita del fallo) en la medida que la función del Tribunal Constitucional Federal, como intérprete supremo y guardián de la Constitución, así lo requiere, pues el efecto vinculante se limita por consiguiente a la

parte de los fundamentos de la sentencia, en los cuales se hace referencia a la interpretación y aplicación de la ley. Éstos no se extienden a las explicaciones que tienen por objeto la interpretación de leyes ordinarias. La interpretación y aplicación de las leyes ordinarias es asunto de los tribunales especializados[157]. La interpretación y aplicación de las disposiciones del derecho civil, de conformidad con la Constitución, es asunto de los tribunales civiles[158].

Y aquel efecto vinculante obliga a los jueces a acatar la interpretación de la Sala Constitucional –tanto de las normas y los principios constitucionales como de las normas legales en la situación observada–, pues en caso contrario la Sala no sólo revoca la sentencia de que se trata, sino que además configura, para la Sala, una conducta judicial indebida que puede dar a la imposición directa de una sanción conforme a la Ley Orgánica del TSJ, tal como ocurrió en la mencionada decisión de fecha 18-06-03 (caso: ASODIAM) ante la decisión siguiente:

> (...) En razón de lo anteriormente expuesto, y por cuanto la Sala Constitucional le atribuye carácter vinculante a la decisión dictada el 28 de noviembre de 2001,... a este juzgador se le plantea un conflicto de conciencia: acatar la doctrina establecida en el referido fallo o descartarla en aras de la justicia, para cuya realización la ley está concebida como un instrumento.
>
> Habiendo tenido por norte este sentenciador durante toda su actuación como operador accidental impartiendo justicia, que ya se extiende por más de cuarenta años, el principio heredado de su padre, según el cual, al sentenciar no debe temblarle la mano, opta sin reservas por la segunda de las alternativas enunciadas: la administración de justicia, a riesgo de ser sancionado por desacato (...).

---

[157] *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*, compilación de sentencia por Jürgen Schwabe, p. 5, Stiftung, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2003.
[158] *Ídem*, p. 62.

Debido a la trascendencia y las consecuencias que se producen en el proceso judicial, cuando el promovente de la prueba no indica qué hechos pretende probar con la misma, procedemos a citar las más importantes decisiones de las Salas Plena, Civil y Constitucional –que admiten esa tesis– así como las de las Salas Social –que la adversa– y Politicoadministrativa del TSJ que de alguna manera (parcialmente) también la rechaza.

La Sala Plena (Accidental) del TSJ, en sentencia de fecha 30 de mayo de 2000 (caso: Fiscalía General de la República contra Luis Manuel Miquilena Hernández, Presidente de la Comisión Legislativa Nacional); en relación al objeto de la prueba,

> (...) La Sala Plena Accidental ***advierte*** que el querellante indicó los hechos que a su juicio constituyen los delitos de malversación específica o sobregiro presupuestario y tráfico de influencias. Sin embargo, se limitó a enunciar las pruebas que a su juicio evidencian la comisión de tales hechos punibles, sin indicar el contenido de ellas y lo que demuestran. Al respecto, el Magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Doctor Jesús Eduardo Cabrera Romero, ha expresado lo siguiente:
>
> > (...) Sólo expresando con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece, puede el Juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente, y por ello el Código de Procedimiento Civil de manera puntual requirió la mención del objeto del medio en varias normas particulares (artículos 502, 503, 505, 451, 433 y 472) y en forma general en el artículo 397, quedando exceptuados de dicha carga al promoverse la prueba: las posiciones juradas y los testigos, donde el objeto se señalará al momento de la evacuación. Todas estas normas buscan una mejor marcha del proceso, tratan de precisar lo pertinente, tratan de evitar que el Juez tenga que realizar la labor de valoración que le impone el artículo 509 del CPC, sobre medios que por inadmisibles no se les ha debido dar entrada.

> Pero la realidad ha resultado distinta a la que previno el CPC. A diario vemos en los Tribunales cómo se promueven medios sin señalarles qué se quiere probar con ellos, y los jueces los admiten. Es corriente leer escritos donde se dice "Promuevo documentos (públicos o privados) marcados A, B y C", sin señalar qué se va a probar con ellos; o promuevo foto, inspección judicial, etc., sin indicar qué se pretende aportar fácticamente al juicio, y que a pesar de que contrarían al artículo 397 en la forma de ofrecerlos, a tales medios se les da curso. (XXII Jornadas "J. M. Domínguez Escovar". *Derecho Procesal Civil* [EL C.P.C. Diez años después], p. 247).
>
> Aun cuando el querellante incurrió en la falta indicada en el anterior punto previo, la Sala Plena Accidental examinó las actuaciones que cursan en el expediente y al efecto pasa a decidir (...).

Como se puede apreciar, la Sala Plena no obstante que *"**advirtió**"* la omisión del querellante al no indicar qué hechos pretendía probar con las pruebas ofrecidas por el mismo, aquélla examinó las actuaciones que cursaron en el expediente, es decir, que no declaró inadmisibles las mismas al no poder valorar la pertinencia, como posteriormente así establecerían como regla obligatoria la Sala de Casación Civil y la Constitucional del TSJ, y procedió a juzgarlas dando el criterio que tenía respecto de ellas. Se trata de una advertencia que hizo la Sala (***advertir***: fijar en algo la atención, reparar, observar. Llamar la atención de uno sobre algo, hacer notar u observar[159]; al no haber la Fiscalía General de la República indicado qué hechos pretendía probar con los medios de prueba ofrecidos. Tal observación pareciera sugerir que esa exigencia debió haberse cumplido como requisito esencial para la validez de la prueba, no obstante que como advertencia, a los fines procesales, quedó allí como una recomendación, como un consejo, llamada de atención o prevención para nuevas situaciones.

---

[159] *Diccionario Esencial de la Real Academia Española,* Espasa, Madrid, 1997.

La Sala de Casación Civil del TSJ, en sentencia de fecha 16 de noviembre de 2001, al igual que la Sala Plena (Accidental), resolvió lo siguiente:

> (...) existe un requisito de naturaleza intrínseca no del medio probatorio sino de la diligencia por medio de la cual se le lleva a los autos que inciden directamente ya no sobre la admisibilidad del medio sino sobre la validez de la actuación con la cual se le produce y ese requisito no es otro sino la identificación del objeto de la prueba.
>
> Así tenemos que el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, ordena a las partes (...) *expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos";* y por su parte el artículo 398 *eiusdem* ordena al Juez providenciar *"*(...) *los escritos de pruebas admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes.*
>
> Es fácil comprender cómo, para que la parte pueda manifestar si conviene o no con los hechos que su contrario trata de probar y para que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo las partes y ordenar que se omita toda declaración o prueba sobre ellos, es necesario que en el escrito de promoción de cada una de las partes se hayan indicado de manera expresa y sin duda de ningún tipo, los hechos que pretende demostrar con cada medio de prueba promovido.
>
> Además, es la única manera de garantizar el cumplimiento de los deberes de lealtad y probidad procesales impuestos a las partes al impedir de esa manera que el contrario del promo-

vente y el propio tribunal sean sorprendidos al utilizar un determinado medio probatorio para verificar hechos diferentes a los que ellos creyeron cuando se promovió.

Esta circunstancia ha sido recogida por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, cuando en sentencia de fecha 8 de junio del año en curso sostuvo lo siguiente:...

Igualmente, ha sostenido el Magistrado Cabrera Romero en su obra *Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre,* Tomo I, lo siguiente:...

Esta Sala comparte los criterios expuestos por el citado autor, acogidos por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, pero con el añadido que también en los casos de prueba de testigos y de confesión debe indicarse el objeto de ellas, es decir, los hechos que se tratan de probar con tales medios.

En efecto, sólo de esa manera se puede explicar el texto del artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, cuando señala que en el auto de admisión de las pruebas el Juez *"..ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes*". (Subrayado de la Sala).

Lo anterior no significa que al momento de promover la prueba, el interesado deba dejar constancia detallada de las preguntas que formulará al testigo o a la contraparte, sino que debe exponer la materia u objeto sobre la cual versará la declaración, permitiendo de esa manera saber si lo que trata de probar, con la prueba de testigos, es una obligación superior a dos mil bolívares o lo contrario a lo que contiene un documento público, o si la confesión versará sobre hechos pertinentes de los cuales la parte tenga conocimiento personal o si se trata de hechos realizados por el apoderado en nombre de su poderdante.

> Si no se cumple con este requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba.
>
> Lógicamente, para que pueda existir el vicio de silencio de pruebas, es menester que existan pruebas válidamente promovidas, desde luego que, de lo contrario, cada vez que un juez valore las resultas de una prueba promovida sin señalar su objeto específico, estará quebrantando su deber de decidir conforme a lo alegado y violando el principio de igualdad procesal por sacar elementos de convicción de fuera del proceso, ya que, como se dijo en el punto previo III de este fallo, la actuación procesal inválida equivale a actuación inexistente y, por ende, ningún efecto puede producir (...)" (Caso: Cedel Mercado de Capitales, C.A. contra Microsoft Corporation).

Como puede apreciarse, la Sala de Casación Civil del TSJ únicamente difiere del criterio doctrinario *in commento*, en cuanto a los casos de prueba de testigos y de confesión, de la manera siguiente: Mientras para Cabrera Romero existen medios que pueden ser propuestos sin necesidad de señalar su objeto, tales como la confesión judicial, que se trata de provocar mediante posiciones juradas, y en el CPC de 1987, la prueba de testigos. Con ambos medios y otros semejantes, la oposición por impertinencia no funciona a priori y debe interponerse con motivo de la evacuación de la prueba, para que no se reciba toda ella o sectores de la misma. La oposición por esta causa queda diferida al instante de su evacuación (criterio evidentemente correcto); la Sala de Casación Civil añade que también en los casos de prueba de testigos y de confesión debe indicarse el objeto de ellas, es decir, los hechos que se tratan de probar con tales medios, pues, se entiende, que la oposición por impertinencia funciona a priori (criterio que nos parece no ajustarse a la nueva Constitución, por las razones que *supra* hemos anotado).

Sin embargo, la Sala de Casación Civil va un poco más allá del criterio que hace suyo, al considerar que si el promovente de la prueba no cumple con indicar qué hechos trata de probar con el medio ofrecido, no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defec-

to u omisión de promoción de prueba. Esto último resulta interesante, porque, por una parte, tal omisión hace que la prueba promovida no sea válida (carente de valor al adolecer de los requisitos exigidos por la ley, pues se estará en presencia de una "actuación inexistente y por ende ningún efecto puede producir", como apunta la Sala); y por la otra, la consecuencia que de tal omisión se deriva, cual es la de tener la prueba como no promovida (tal y como si jamás hubiese sido ofrecido el medio probatorio en la causa judicial), por lo cual deviene esa omisión –por parte del promovente– en que el juzgador no está obligado a valorar la prueba, pues para que pueda existir el vicio de silencio de prueba, es menester que exista la misma válidamente promovida, según la Sala de Casación Civil.

Posteriormente en sentencia de fecha 20 de diciembre de 2002, la Sala de Casación Civil,

> (...) Para una mejor comprensión del criterio doctrinario establecido en la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2001, en el juicio seguido por Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra Microsoft Corporation, la Sala de Casación Civil considera conveniente expresar el siguiente perfil del alcance y contenido de esta doctrina: 1.- Para que pueda ser denunciada en casación el silencio de una determinada prueba, es necesario que el promovente haya señalado en su escrito de promoción el objeto a probar. 2.- La parte que quiera plantear una denuncia por silencio de prueba promovida por su contraparte, deberá hacer valer en la instancia el mérito favorable de ella, con la carga de haber indicado en la instancia el beneficio que esa prueba le proporciona para que así, en casación y bajo el principio de comunidad probatoria, pueda ser examinada la señalada denuncia. 3.- El no promovente de la prueba no podrá alegar por primera vez en casación la omisión de su contraparte en señalar el objeto de sus pruebas, si no advirtió a los jueces de instancia de esta omisión, a través del mecanismo de oposición a la admisión de pruebas. En otras palabras, el silencio del no promovente en la instancia, al no alegar ni ejercer los medios impugnativos adecuados para oponerse a la admi-

> sión de una prueba incorrectamente promovida por su contraparte por falta de indicación de su objeto, le estará vedada esta denuncia por primera vez en casación, al haber convalidado tal falta. 4.- El criterio referido a la carga de señalar el objeto a probar, no se aplica al supuesto de los documentos fundamentales que deben ser acompañados con el libelo de la demanda. 5.- La carga de alegar el objeto a probar se perfila a los efectos de la denuncia por silencio de pruebas en casación, sin que pueda de ninguna forma hacerse extensiva a los motivos de casación contenidos en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, por suposición falsa o infracción de normas jurídicas expresas para el establecimiento o valoración de los hechos o de las pruebas. Es decir, este criterio no exime al juez de la obligatoriedad de examinar todas las pruebas promovidas y evacuadas en autos, como lo exige el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil (...). (Caso: R. Felice contra R. Tovar).

Sin embargo, los cinco (5) puntos de la anterior temática de la Sala de Casación Civil, para la mejor comprensión del criterio doctrinario establecido en la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2001, en el juicio seguido por Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra Microsoft Corporation; hay que considerarlos a fin de precisar –de alguna manera– si cumplieron o no tal finalidad, pues el argumento dialéctico de la decisión se orienta a comprender mejor –aclarar– aquella decisión en zonas de penumbra o puntos no dejados claros:

(i) El primer contenido de la temática considerada, consiste en afirmar que para que pueda ser denunciada en casación el silencio de una determinada prueba, es necesario que el promovente haya señalado en su escrito de promoción el objeto a probar.

En realidad resulta exigente el criterio de la Sala de Casación Civil, dado que conforme al artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, los jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio

del juez respecto de ellas. Y esta norma procesal está indicando, por una parte, que la sentencia debe fundarse en los hechos de la causa, para lo cual el juzgador está obligado a valorar todas las pruebas que se hayan producido; y por la otra, que el juez debe expresar su criterio al respecto. Es decir, el juez está obligado a juzgar todas las pruebas para no incurrir en error de juzgamiento –contrapartida de la suposición falsa– ante la falta de establecimiento o valoración de la prueba (que sea determinante del dispositivo del fallo). Sin embargo, la Sala de Casación Civil establece que si el promovente de la prueba no señaló en su escrito de promoción el objeto a probar –el hecho que pretendió probar–, no podrá denunciar en casación el silencio de esa prueba en que, para el promovente de la misma, incurrió el juzgador *ad quem.* En este caso el juez de la sentencia recurrida pudo observar que quien ofreció el medio probatorio no indicó lo que pretendía probar con el mismo, y por eso omitió la valoración o apreciación de la prueba sin decir absolutamente nada, pues según la Sala de Casación Civil nada está obligado a decir en tal caso; o, contrariamente el juzgador ni siquiera se dio cuenta de que esa prueba estaba en el expediente. En cualesquiera de tales casos, ese juzgador no incurre en el vicio de silencio de prueba, pero en atención al interés del promovente, más que eso, éste no podrá denunciar esa omisión como silencio de prueba, pues la Sala –en aplicación de dicha doctrina– dirá al formalizante que no puede denunciar en casación el silencio de esa prueba, porque no cumplió previamente con haber señalado en su escrito de promoción el objeto a probar, lo cual, según nuestro parecer, constituye un criterio que tiene su primigenia raíz en un contenido de carácter preconstitucional, que contradice los principios constitucionales consagrados en los artículos 26 (ausencia de tutela del interés del recurrente y como formalismo prohibido, *Vid.* Cap. VIII, 1.3 y 1 y 2 del artículo 49 *(en cuanto enerva el derecho de acceso a la prueba y el derecho a ser oído) y 257 (el proceso deja de ser un instrumento para la realización de la justicia del caso concreto y se sacrifica la justicia por la omisión del promovente-recurrente de una formalidad que no es más esencial que la misma).*

(ii) El segundo contenido de la temática considerada, se refiere a que la parte que quiera plantear una denuncia por silencio de prueba promovida por su contraparte, deberá hacer valer en la instancia el mérito favo-

rable de ella, con la carga de haber indicado en la instancia el beneficio que esa prueba le proporciona para que así, en casación y bajo el *principio de comunidad probatoria,* pueda ser examinada la señalada denuncia. Para observar con mayor claridad la consecuencia de este criterio de la Sala de Casación Civil, pongamos este ejemplo: el promovente de la prueba no indicó lo que pretendía probar con la misma, el tribunal la admitió. Luego de absueltas las posiciones juradas, bajo el principio de la reciprocidad (artículo 406, CPC), el absolvente indicó, en el momento de formularlas a la otra parte, lo que pretendía probar, habiendo el absolvente admitido los hechos. En tal caso, ¿qué valor tienen las posiciones juradas absueltas por las partes? ¿Cómo queda el principio de la reciprocidad? ¿Cómo quedan los hechos admitidos? ¿Es inexistente de todos modos la prueba?

Si nos atenemos a la doctrina del Máximo Tribunal de la República, allí no existe ninguna confesión del absolvente que admitió los hechos controvertidos, dado que las posiciones del promovente (que no indicó el objeto de la prueba) deben tenerse como inexistentes, es decir, como no promovida esa prueba; y si así debe tenerse (como no promovida) entonces no existe confesión alguna en el caso propuesto con la interrogante, pues no habrá prueba evacuada al no existir tampoco posiciones recíprocas. Por tanto, ¿cómo queda la justicia del caso concreto, dado que el absolvente que admitió los hechos (y así debió apreciarse por el tribunal, pero no se deberá apreciar en aplicación de la doctrina de la Sala) no sólo no los admitió, sino que, incluso, puede aparecer en la sentencia definitiva como triunfador en el proceso, en contra de la verdad jurídica objetiva? Sin embargo, el absolvente en beneficio de quien la otra parte admitió los hechos, a pesar de que, según lo observado, la prueba es inexistente, si quiere plantear la denuncia por silencio de esa prueba, ha debido hacer valer en la instancia el mérito favorable de ella, con la carga de haber indicado también el beneficio que esa prueba le proporciona –la confesión en que incurrió el absolvente– para que así, en casación y bajo el *principio de comunidad probatoria*, pueda ser examinada la señalada denuncia. ¿No hay allí una contradicción? Sí existe la contradicción, pues según el criterio de la Sala allí no hay prueba válida, al no haber el primer promovente indicado lo que pretendía

probar, por lo cual el segundo absolvente aun cuando confesó, admitiendo los hechos, la confesión deviene de una *prueba inexistente ("Si no se cumple con este requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba",* según sentencia de la Sala de Casación Civil del TSJ de fecha 21-11-01, caso: Cedel Mercado de Capitales contra Microsoft Corporation). De igual modo, supongamos que una de las partes promueve una prueba, sin indicar qué se propone probar con la misma, y la otra parte la tiene también como suya, haciendo valer la misma e indicando su objeto, lo que se propone probar con ella. ¿Es inexistente la prueba al no haber indicado su promovente lo que pretendía probar con la misma? Pues dícese (inexistente) de aquello que, aunque existe, se considera totalmente nulo[160], es decir, ¿la prueba es totalmente nula? ¿El elemento probatorio admitido por la otra parte que indicó el objeto de la prueba común, no debe ser examinado por el juzgador, o deberá tenerse la prueba como inexistente, cuando en realidad sí existe?

(iii) El tercer contenido del tema en discusión consiste, en que el no promovente de la prueba no podrá alegar por primera vez en casación la omisión de su contraparte en señalar el objeto de sus pruebas, si no advirtió a los jueces de instancia de esta omisión, a través del mecanismo de oposición a la admisión de pruebas. En otras palabras, el silencio del no promovente en la instancia, al no alegar ni ejercer los medios impugnativos adecuados para oponerse a la admisión de una prueba incorrectamente promovida por su contraparte por falta de indicación de su objeto, le estará vedada esta denuncia por primera vez en casación, al haber *convalidado* tal falta.

Aquí el problema radica en esta inferencia: si la contraparte no se opone a la admisión de la prueba ofrecida, porque su promovente no indicó lo que pretendía probar con la misma, tal inactividad le impide denunciar por primera vez en casación esa circunstancia al haber convalidado tal falta. Es decir, que aun cuando el promovente de la prueba no realice

[160] *Diccionario Esencial de la Real Academia Española*, Edit. Espasa, Madrid, 1997.

aquella indicación, el silencio de la otra parte *confirma o convalida* la omisión de no haberse indicado lo que se pretendía probar. Mediante la *confirmación,* la omisión no afecta la eficacia y validez de la prueba, pues le da mayor firmeza, garantía o seguridad; ratifica la prueba. La *convalidación* constituye un acto de afirmación o revalidación del acto irregular o inválido, por causa de la actividad, o inactividad de quien debe actuar y no actúa de determinada manera[161]. Por eso, *"convalidar"* significa –para Cabanellas– hacer válido y eficaz el acto jurídico imperfecto, el sujeto a nulidad, aunque no absoluta (Diccionario citado). Luego, entonces, si la contraparte no se opone a la admisión de la prueba ofrecida, porque su promovente no indicó lo que pretendía probar con la misma, ¿por qué tal inactividad le impide denunciar por primera vez en casación esa circunstancia al haber convalidado tal falta? Si ocurrió la convalidación, la prueba ofrecida no es inexistente, no debe tenerse como no promovida, pues no se trata de una materia en la que esté interesado el orden público, sino el interés privado de las partes. Al efecto, observemos este ejemplo: una de las partes promueve una prueba, sin indicar qué se propone probar con la misma, y la otra parte la tiene como suya, haciendo valer la misma e indicando su objeto, lo que se propone probar con ella. ¿La prueba se debe tener como no promovida, como afirma la Sala de Casación Civil? ¿Es inexistente la prueba por ausencia indicativa del objeto de la misma por parte del promovente primigenio? ¿El elemento probatorio admitido por la otra parte, que indicó el objeto de la prueba común, no debe ser examinado por el juzgador, o deberá tenerse la prueba como inválida? Consideramos que no, pues la convalidación obliga al juzgador a apreciar esa prueba porque el justiciable tiene derecho a que en la sentencia se le diga el valor que la misma (prueba) tiene en la suerte del proceso, pues como bien afirma la misma Sala de Casación Civil del TSJ, en la sentencia *in commento,* el *"*(...) *criterio no exime al Juez de la obligatoriedad de examinar todas las pruebas promovidas y evacuadas en autos, como lo exige el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil* (...)*"*.

[161] El artículo 213 del Código de Procedimiento Civil, estatuye: "Las nulidades que sólo pueden declararse a instancia de parte, quedarán subsanadas si la parte contra quien obre la falta no pidiere la nulidad en la primera oportunidad en que se haga presente en autos".

(iv) El cuarto contenido de la temática en discusión se refiere a que el citado criterio, sobre la carga de señalar el objeto a probar, no se aplica al supuesto de los documentos fundamentales que deben ser acompañados con el libelo de la demanda.

Cuando la Sala aclara el punto relativo al instrumento fundamental acompañado al libelo de la demanda, acierta, pues de no haberse efectuado tal corrección, podría entenderse que la no indicación de lo que se pretende probar con el instrumento fundamental acompañado con el libelo de demanda, podría traducirse –tal omisión y como observamos– en una nueva forma o modo extintivo de la obligación[162], puesto que si el instrumento resultare desechado del proceso al no poderse determinar su pertinencia y, concluida la causa, de oponerse nuevamente en otro juicio, posiblemente se podría discutir por el demandado sobre la procedencia de la cosa juzgada, aun cuando también es posible que haya prescrito la obligación contenida en el continente instrumental.

Aun cuando el ordinal 6º del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil requiere que los instrumentos en que se fundamente la pretensión (aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido) se acompañen con el libelo de la demanda; no obstante los artículos 434 y 435 excepcionan ese principio, pues si el demandante no hubiere acompañado su demanda con los instrumentos en que la fundamenta, no se le admitirán después, a menos que haya indicado en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentren, o sean de fecha posterior, o que aparezca, si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos. Y si los instrumentos fueren privados, y en cualquier otro, siendo de esta especie, deberán producirse dentro de los quince días del lapso de promoción de pruebas, o anunciarse en él de dónde deben compulsarse, pues después no serán admitidos otros (artículo 434 *eiusdem*); en tanto que si se trata de documentos públicos que no sea obligatorio acompañar con la demanda, ya por no estar fundada en los

[162] *Vid.* nuestras Posiciones Juradas, pp. 51 y ss., UCAB, 2002.

mismos, o por excepción del artículo 434, podrán producirse en todo tiempo, hasta los últimos informes (artículo 435 *ibídem*).

Pudiere acontecer que el demandante acompañe con el libelo de la demanda un instrumento privado, sin indicar el objeto de tal prueba y en el acto de contestación de la demanda el demandado, a quien se opuso el instrumento como emanado del mismo o de algún causante suyo, no manifiesta formalmente que lo niega, en cuyo caso el silencio al respecto dará por reconocido el instrumento (artículo 444, CPC), por lo cual ese instrumento tiene la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones, y hace fe, hasta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones (artículo 1.363, CC). ¿Y qué ocurriría si bajo el mismo supuesto, es decir, que el demandante no indique el objeto de ese instrumento privado, y no obstante el demandado en el acto de la contestación de la demanda, lo reconoce expresamente? ¿Será tenido por inexistente cuando ya quedó bajo los efectos de los artículos 444 del Código de Procedimiento Civil y 1.363 del Civil? Parece comprensible que, en ese caso, el demandante, en cuyo beneficio quedó reconocido ese instrumento, no tiene por qué promoverlo a tenor del artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, pues la ley exige al demandante producir los instrumentos en que se fundamente la pretensión con el libelo de demanda (ord. 6º artículo 340 CPC), en donde no se ordena al demandante indicar el objeto de tal prueba, y tampoco los casos de excepción a ese principio contenidos en el artículo 433 *eiusdem*. *Mutatis mutandi,* ¿qué decir del instrumento público o auténtico que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un registrador, por un juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado, en caso de que a quien se opuso no lo hubiere tachado de falso?

Asimismo, a modo de inquietud, puede observarse que de haber el demandante acompañado con el libelo de la demanda un instrumento sin indicar el objeto del mismo (como prueba), y el demandado no da contestación a la demanda y nada probare que le favorezca. ¿Qué ocurre en ese caso? Se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante y vencido el lapso de promoción de

pruebas sin que el demandado hubiese promovido alguna, el Tribunal procederá a sentenciar la causa, sin más dilación, dentro de los ocho días siguientes, ateniéndose a la confesión del demandado, según lo preceptúa el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. O en el supuesto de que el promovente de la prueba no indique lo que pretende probar con la misma, aun cuando la parte a quien se opone la prueba no se oponga a su admisión, ¿la prueba no debe ser admitida por falta de tal exigencia? En este caso, incluso, la Sala Constitucional del TSJ, ante la ausencia de oposición a la admisión de las pruebas que fueron promovidas, ha afirmado que "...aquéllas deben tenerse como admitidas, sin perjuicio, salvando, desde luego, de la apreciación que sobre ellas, deba hacerse en la decisión definitiva..." (sentencia de fecha 14-04-03, expediente 01-1756).

(v) En el quinto punto del tema que observamos, la Sala de Casación Civil del TSJ afirma que la carga de alegar el objeto a probar se perfila a los efectos de la denuncia por silencio de pruebas en casación, sin que pueda de ninguna forma hacerse extensiva a los motivos de casación contenidos en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, por suposición falsa o infracción de normas jurídicas expresas para el establecimiento o valoración de los hechos o de las pruebas. Es decir, que el criterio no exime al juez de la obligatoriedad de examinar todas las pruebas promovidas y evacuadas en autos, como lo exige el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.

La aclaratoria que realiza la Sala al excluir del criterio, que viene manteniendo (desde el caso Cedel Mercado de Capitales, C.A. contra Microsoft Corporation) sobre la obligación del promovente de indicar qué es lo que pretende probar con el medio probatorio ofrecido, a los motivos de casación contenidos en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, por suposición falsa o infracción de normas jurídicas expresas para el establecimiento o valoración de los hechos o de las pruebas; libera –la exclusión– a ese criterio de una de sus debilidades: no haber comprendido *ab initio* la exclusión de los referidos motivos de casación contenidos en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. Es que existe diferencia entre el silencio de prueba y la cuestión

fáctica en casación, en cuanto concierne a la suposición falsa (falso supuesto). En efecto, el artículo 320 *eiusdem* contempla tres casos de falso supuesto: i) El primer caso ocurre *cuando el juez atribuye la existencia en un instrumento o acta del expediente de menciones que no contenga*. Como puede apreciarse, en el silencio de prueba el juzgador no realiza ninguna valoración de la prueba y, por tanto, se ignora cuál es el criterio del mismo respecto de ella; mientras que en el caso del falso supuesto considerado, el juez sí emite una declaración o valoración probática que falsea –por error de percepción o por olvido que el proceso es el instrumento fundamental para la realización de la justicia y que la verdad jurídica objetiva debe conducir a ella– la verdad contenida en un instrumento o acta del expediente, que le sirven para establecer un hecho; cuando ciertamente esas menciones allí no existen y sólo su imaginación o la mala fe del juzgador han podido crearlas (desviación ideológica); ii) El segundo caso de falso supuesto tiene lugar *cuando el juzgador da por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos*. Como se comprende, en el silencio de prueba el juez no valora la prueba que existe en autos, mientras que en la falsa suposición el juez supone que la prueba existe o simplemente la crea idealmente; iii) El tercer caso de suposición falsa se origina cuando *el juez da por probado un hecho con pruebas cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo*. Aquí el hecho falsamente supuesto por el juzgador resulta desvirtuado por las pruebas –actas o instrumentos– que constan en el expediente. En el silencio de prueba, en cambio, el juzgador omite pronunciarse sobre la prueba que está inserta en el expediente, aun cuando llegare a mencionarla.

La no consideración por la Sala de Casación Civil del vicio de silencio de prueba, en atención, por supuesto, a la no indicación por el promovente de la prueba de lo que pretende probar con la misma, no luce ajustado a los *supra* discutidos principios constitucionales del derecho de acceso a la prueba (1, artículo 49. *Vid.* Cap. VIII, 1.1), del derecho a obtener con prontitud la decisión correspondiente (artículo 26); la indefensión en que queda el justiciable cuando no se le oye (3, artículo 49) y en su lugar la improcedencia del recurso ante la denuncia del aludido vicio (silencio de la prueba admitida pero no juzgada) porque omitió

indicar qué pretendía probar con la misma; y bajo el mismo rigor en perjuicio de la otra parte, a quien se opuso la prueba, sobre su estatus omisivo al no haberse opuesto a la admisión de la misma porque incurrió el promovente en aquella omisión (no indicó lo que pretendía probar con el medio probatorio ofrecido). ¿Acaso no es considerado el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia material del caso concreto, del proceso sin formalismos enervantes que obstaculicen ese derecho a la prueba sin más limitantes que el medio ofrecido sea legal y pertinente?

A propósito de la sentencia de la Sala de Casación Civil, en referencia, la Sala Constitucional del TSJ, de fecha 11-07-03 (caso: Puertos de Sucre, S.A. en acción de amparo contra decisión judicial), sostuvo lo siguiente:

> (...) Siendo el caso, que el juez de amparo consideró como violatoria del derecho a la defensa y del debido proceso la decisión parcialmente transcrita, al sostener que la única normativa que debe regir la promoción de la prueba testimonial es la contenida en el artículo 474 del Código de Procedimiento Civil, en razón de lo cual, desaplicó el referido criterio jurisprudencial, que impone a los promoventes de prueba de testigos la obligación de indicar lo que tratan de probar.
>
> Es cierto que el citado artículo 474 del Código de Procedimiento Civil no exige que se señale el contenido del interrogatorio a que será sometido el testigo, y tratándose de un acto oral, tal interrogatorio, que contiene el objeto real de la prueba se efectúa en el acto de examen del testigo, y allí se pondera la pertinencia y legalidad de las preguntas.
>
> Pero, el artículo 476 del Código de Procedimiento Civil está imbricado dentro de un cuadro más amplio, cual es el que señala los requisitos de promoción de los medios, los cuales deberá verificar el juez para declararlos admisibles o no.

En ese sentido, la Sala de Casación Civil en el fallo transcrito señaló que quien propone un testigo debe indicar, así sea someramente, para qué ofrece el testigo, es decir, cuáles de los hechos controvertidos quiere probar con el testigo, a fin que el juez de la causa decida si la prueba es o no admisible, debido a que podría tratarse de testimonios irrecibibles, o que versaran sobre hechos manifiestamente impertinentes.

Ello no elimina la oposición diferida que tendrá lugar por parte del no promovente cuando quien presenta al testigo le formule las preguntas.

Por ello, esta Sala se ve en el deber de sostener que, la decisión dictada el 16 de noviembre de 2001, por la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia, en ningún momento es violatoria del derecho a la defensa o del debido proceso, sino por el contrario, trata la misma de garantizar aún más dichas garantías constitucionales, en el sentido que, si la parte promovente no alega cuál es el fin o el objeto general de la prueba promovida: 1) ¿de qué manera la contraparte del promovente podrá hacer uso de su derecho de tachar al testigo o preparar sus repreguntas, si no conoce sobre cuáles hechos va a deponer y por tanto controlar la posibilidad de que sea o no veraz? 2) ¿Cómo el juez de la causa podrá determinar la pertinencia o no de dichas pruebas al estudiar su admisión, a tenor de lo previsto en el artículo 398 *eiusdem,* lo cual configura también el cumplimiento del debido proceso en esa causa?

De esta manera se puede precisar que el establecimiento del objeto de la prueba va de la mano con la pertinencia o impertinencia de la misma, por ser la manera más eficaz que se posee de establecer la relación que exista entre los hechos litigiosos que se ventilan en dicho proceso con los hechos que son objeto de prueba, los cuales en materia de testigos no necesitan ser explanados en su totalidad al ofrecerlos.

> Siendo así, la parte promovente no puede limitar su promoción como sucedió en la presente acción, a señalar quiénes rendirían testimonial, sin indicar sobre qué puntos versaría la evacuación de dicha prueba (lo que no significa que tuviera que señalar todas las preguntas que formularía al testigo), por cuanto si bien es cierto que la contraparte tendrá la oportunidad de hacer oposición a cada pregunta durante su deposición, en la etapa de admisión se requiere establecer la pertinencia o no de la misma, a fin que el juez pueda pronunciarse sobre ello. Lo que se pretende es que se informe al juez de la causa sobre para qué se promueve al testigo, a fin de que pueda ser rechazado, si su testimonio es inadmisible.
>
> No se trata de que se copien las preguntas, sino que se informe sobre el tema del testimonio.
>
> Por lo cual, cuando se promueve una prueba debe indicarse cuál es el objeto de la misma y qué se pretende probar con ella, porque de lo contrario dicha prueba será ilegal al no poder valorarse la pertinencia y, por tanto, inadmisible, como resultó en el presente caso, por lo cual considera esta Sala que el fallo producido por el juez de amparo no estuvo ajustado a derecho, y así se decide (...)

La Sala Constitucional en fallo del 27 de febrero de 2003 (Caso: Maritza Herrera de Molina, José Ramón Herrera Camarán y Jorge Luis Herrera Camarán), se pronunció sobre el tema, así:

> (...) En cuanto al disentimiento que manifiesta el sentenciador, sobre el criterio del Tribunal Supremo de Justicia, sobre las pruebas y su admisión, luego de examinar varias sentencias del tribunal, para lo cual considera que el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, "...debe ser interpretado con la mayor amplitud a los fines de que los principios de equilibrio procesal y el derecho a la defensa no se hagan nugatorios, mediante interpretaciones formalistas y en tal sentido el juez debe ser prudente cuando se pronuncia sobre la negativa de la

admisión de alguna prueba, pues con su decisión puede causar un gravamen a las partes colocándolas en estado de indefensión...". La Sala considera, que pese a que el juez está manifestando disentir con el criterio del Máximo Tribunal, tal disentimiento en definitiva no es tal, porque es evidente que si una prueba solicitada es impertinente e ilegal, no puede ser admitida y así lo acepta, su discrepancia quizás pueda entenderse por el hecho de considerar que deben admitirse todas las pruebas, aunque no se señale el objeto de las mismas, porque opina que al ser examinadas en la sentencia definitiva pueden ser desechadas, con la admisión no se estaría ocasionando ningún perjuicio a las partes.

Si bien tal razonamiento en parte es verdad, considera este Máximo Tribunal, que no puede admitirse en un proceso una prueba que no indique cuál es el objeto que con ella se pretende probar o el hecho que quiere demostrar, porque tal falta coloca en una situación de inferioridad al oponente del promovente, que no sabe exactamente con qué propósito se está ofreciendo la prueba y cómo puede rebatirla, impidiéndole además oponerse a su admisión por impertinente a allanarse a ella, a fin de que el hecho que sería su objeto quede de una vez fijado.

Por ello, si bien la sentencia en referente no es vinculante conforme a los extremos establecidos en la Constitución, es un principio sano que se aplica para hacer más claro y expedito un procedimiento, obviando retardos innecesarios y desechando *ad initio,* aquellas pruebas presentadas que no señalen cuál es el objeto o hecho que pretenden demostrar, con lo cual no se está perjudicando a ninguna parte, porque son ellos los que deben someterse al procedimiento legalmente establecido, a fin de permitir su normal desarrollo. En criterio de esta Sala, parece desprenderse de la opinión expresada por el sentenciador que al proceder así, no se estuviera examinando el medio probatorio, cosa que no es cierta, pues la misma razón de no

> admitirlo o admitirlo indica en principio, que las pruebas admitidas están dentro de los parámetros establecidos en las normas probatorias, y queda siempre la posibilidad, de que pese a haberse admitido algunas que se consideraron procedentes en el lapso correspondiente, puedan ser desechadas en la decisión definitiva o apreciadas sólo parcialmente y, aquellas que no son admitidas, la parte no favorecida, puede atacar al auto que las inadmite, como ha sucedido en el presente caso (...).

Este es el criterio que ha señalado la Sala en el auto del 1º de noviembre de 2001 (Caso: ASODEVIPRILARA), donde afirma:

> (...) a todo medio de prueba haya que señalarle al ofrecerlo, cuáles son los hechos que con ellos se pretende probar. De este sistema sólo escapan los testimonios y la confesión que se trata de provocar mediante las posiciones juradas (...).

Aunque éste es en opinión de la Sala, el criterio correcto, ella considera que será dentro del proceso civil donde debe plantearse lo referente a la inadmisibilidad de la prueba.

Y la misma Sala Constitucional en sentencia del 27 de febrero de 2003, sostiene:

> (...) Considera este Máximo Tribunal, que no puede admitirse en un proceso, una prueba que no indique cuál es el objeto que con ella se pretende probar o el hecho que quiere demostrar, porque tal falta, coloca en una situación de inferioridad al oponente del promovente que no sabe exactamente con qué propósito se está ofreciendo la prueba y cómo puede rebatirla, impidiéndole además oponerse a su admisión por impertinente o allanarse a ella a fin de que el hecho que sería su objeto quede de una vez fijado. Por ello, **si bien la sentencia en referencia no es vinculante conforme a los extremos establecidos en la Constitución**, es un principio sano que se aplica para hacer más claro y expedito un procedimiento obviando retardos innecesarios y desechando *ab initio,* aquellas

> pruebas presentadas que no señalen cuál es el objeto o hecho que pretenden demostrar, con lo cual no se está perjudicando a ninguna parte, porque son ellos lo que deben someterse al procedimiento legalmente establecido, a fin de permitir su normal desarrollo (...). (Resaltado nuestro).

Por cierto que Microsoft Corporation presentó en la Sala Constitucional del TSJ recurso de revisión de la citada sentencia número 363 del 16 de noviembre de 2001, dictada por la Sala de Casación Civil, fundamentando el recurso en que esa sentencia había incurrido en error judicial injustificado según los artículos 26 y 49 de la Constitución (CRBV), como en el desconocimiento de los principios constitucionales de la confianza legítima y del *in dubio pro defensa* y del derecho a la igualdad (artículos 26, 49 y 21 *eiusdem*) y en los artículos 8, numeral 1 y 24, y artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; denunciando, además, según allí aparece, el desacato a la doctrina vinculante dictada por la Sala Constitucional de la confianza legítima (decisiones de fecha 06-06-01, caso: J. V. Arenas C.; y del 14-12-01, caso: DHL Fletes Aéreos, C.A. y otros); como la desaplicación del principio *in dubio pro defensa* que afirmó establecido, como doctrina vinculante, en decisión número 1.385 de fecha 21-11-00, en el caso Aeropullmans Nacionales, S.A. (AERONASA); por cuyo motivo se ha sostenido, en cuanto a la facultad de los órganos judiciales para integrar el ordenamiento jurídico que, en primer lugar, destacan los conceptos emitidos por la Sala respecto a la facultad de los órganos judiciales de integrar normas jurídicas con el fin de subsanar deficiencias de los preceptos expresos del sistema normativo. Sobre el particular se afirmó que, destacando el contenido de la decisión que negó la procedencia del mencionado recurso de revisión (afirmando más bien la constitucionalidad de la decisión de la Sala de Casación Civil) que, dada la estructura dinámica del sistema jurídico y la textura abierta de su lenguaje, los jueces disfrutan de un amplio margen de discrecionalidad en los casos de integración normativa, dado que el derecho no es un orden estático de normas preestablecidas a la espera de su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales, sino una realidad dialéctica, que los órganos jurisdic-

cionales crean, al colegir, de los métodos hermenéuticos aplicables al caso, la solución jurídica que consideren adecuada a objeto de resolver la controversia y servir los intereses de la justicia[163].

Y con relación a la denuncia por parte de Microsoft Corporation, referida a la aplicación inmediata al caso *subjudice* del cambio de doctrina establecido por la Sala de Casación Civil sobre la necesidad de indicación del objeto de las pruebas, para que éstas fueran consideradas válidamente promovidas, con lo cual, la mencionada Sala de Casación Civil habría desconocido la doctrina vinculante establecida por la Sala Constitucional en las sentencias del 6 de junio de 2001, caso: José Vicente Arenas Cáceres y del 14 de diciembre del mismo año, caso: DHL Fletes Aéreos, C.A., referente al respeto a la *garantía de la confianza legítima* que impide que los criterios judiciales sólo se apliquen a las causas llevadas en procesos cumplidos bajo criterios anteriores que se encuentren pendientes de decisión; la Sala Constitucional estimó lo siguiente: Que en la teoría jurídica el término principio se usa generalmente para referirse a las llamadas bases axiológicas en las que se funda el orden jurídico. Es posible que estos principios se expresen en los textos de las leyes en vigor; sin embargo, tales enunciados rara vez sirven como fundamento positivo para resolver conflictos individuales, ya que los principios sólo muestran la dirección en que debería buscarse la solución de la controversia a fin de proporcionar criterios razonables para decidir. Sin embargo, Ronald Dworkin denomina *"principio"* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad[164].

Por ello, y de acuerdo con la naturaleza propia de los principios, no podría hablarse de violación de principios en el mismo sentido en que

---

[163] José Delgado Ocando, *Repertorio de Jurisprudencia 2000-2002*, p. 383 y ss., Tribunal Supremo de Justicia, Colección Doctrina Judicial Nº 3, Caracas, 2003.
[164] *Los Derechos en Serio, Ob. Cit.*, p. 72.

se habla de violación de normas, pues la validez de aquéllos alude a la base axiológica del orden jurídico positivo a la que se recurre cuando de *lege lata* no es posible satisfacer la exigencia de los valores para cuya realización el orden normativo ha sido instituido. No obstante, que la forma de un estándar, como observa Dworkin, no siempre deja en claro si se trata de una norma o de un principio. "Un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos" no es una proposición muy diferente, en la forma, de "Un hombre no puede beneficiarse de su propio delito",... En muchos casos, la distinción es difícil de hacer, tal vez no se haya establecido cómo debe operar el estándar, y este problema puede ser en sí mismo motivo de controversia... los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios eferentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada (por ejemplo, la norma de que el asesino no puede ser beneficiario del testamento de su víctima). Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva[165].

Precisando lo anterior, la Sala advirtió que el haber aplicado a la solución del recurso de casación planteado una interpretación del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, distinta de la sostenida hasta ese entonces por doctrina de casación, no constituye una infracción a la llamada garantía de la confianza legítima, ya que los litigantes no pueden esperar de las normas individualizadas, es decir, de las sentencias, la previsibilidad segura de las normas generales, dado que la labor hermenéutica siempre deja abierta a la elección del juez varias posibilidades de interpretación de la norma jurídica, las cuales tienden a la solución más razonable de la controversia planteada.

Al respecto resulta importante destacar algunos aspectos, en relación con el criterio antes sustentado:

[165] *Ídem,* pp. 78 y 80.

(i) Pareciera comprenderse no significar que el juez deba rebelarse contra la ley para crear Derecho libremente, mediante la interpretación sin límite alguno (interpretación ilimitada). ¿Hasta dónde debe llegar la interpretación? ¿La misma no debe tener límite alguno, porque lo importante es la solución del caso concreto, y una interpretación para cada caso, dado que las circunstancias pueden ser diferentes? ¿Es admisible incorporar a la norma contenidos que la misma no tiene para aplicarla con base a una interpretación rigurosa, inflexible y absoluta, en detrimento de la justicia material del caso concreto? Pero ¿en qué consiste la justicia material del caso concreto? ¿Cuando la doctrina resultante de la interpretación de la ley es vinculante no se cae en el dogma de la subsunción automática de la norma interpretada al caso concreto, pues no se permite fuera de la misma la solución debida? Y en este caso, cuando la interpretación es vinculante, ¿la interpretación no llega a sustituir, en cierto modo, a la norma interpretada? Quiero significar que el antiformalismo es una herramienta necesaria contra la inflexibilidad y rigidez del derecho legislado, pero también la creencia en la conveniencia que el derecho jurisprudencial del precedente vinculante no se convierta en estructura rígida y estable, que no permita cambio alguno, de la cual el legislador y los jueces no puedan apartarse; en desvanecimiento o mengua de la plenitud hermética del Derecho en la solución del caso concreto por el operador judicial e intérprete de la ley. En la praxis, enseña Augusto Mario Morello, a través de una *interpretación inteligentemente mutativa y finalista,* será entonces donde se forjen las institucionales creadas por el Derecho, influenciado por la presión constante de la tópica (problemas, casuismo, enfoques sistémicos, resultados útiles). Cuando la rigidez de la interpretación bloquea irrazonablemente el acceso a la jurisdicción, preferenciando el exceso ritual, o una inteligencia exclusivamente puntillosa en la búsqueda de ápices procesales, obstáculos, que impiden ser oído, el proceso justo constitucional se precipita en un tembladeral, en una ficción, y desemboca en privación de justicia[166]. Resulta necesario observar que no se desfigure el sentido de la interpretación de la norma legal, *supra* reseñada, y se

[166] *Constitución y Proceso*, pp. 282 y 317, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1998.

haga vinculante a todas las normas legales como competencia exclusiva de la Sala Constitucional, si su interpretación ***"se extiende al contenido y alcance de las normas de contenido legal para ajustarlas al texto constitucional",*** de manera que pudiere llegar el momento de prohibirse a los juzgados de instancia y a las propias Salas del TSJ, la interpretación de tales normas, por acreditarse también tal Sala la de ser la primera, única y última intérprete de la ley (aun más allá de la interpretación de la norma legal para adaptarla a la Constitución, e incluso desde esta perspectiva).

(ii) Integrar normas jurídicas con el fin de subsanar deficiencias de los preceptos expresos del sistema normativo. El problema de las lagunas de la ley es complejo y discutido. Cuando existan lagunas, el vacío debe llenarse por el juzgador. Cuando la ley no ha previsto el caso –afirma Véscovi– no puede hablarse de interpretación. Si hay un vacío, hay que llenarlo, esto se llama *integrar la ley*[167]. Como el Derecho no es un orden estático, por medio de la integración, el juzgador encuentra la mejor manera para adecuar la norma a la realidad concreta hacia la solución jurídica que considere adecuada a objeto de resolver la controversia y servir los intereses de la justicia. Con ese fin los jueces disfrutan de un amplio margen de discrecionalidad en los casos de integración normativa, dado que el Derecho no es un orden estático de normas preestablecidas a la espera de su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales, sino una realidad dialéctica, que los órganos jurisdiccionales crean, al colegir, de los métodos hermenéuticos aplicables al caso, la solución jurídica que consideren adecuada al objeto de resolver la controversia y servir los intereses de la justicia. Debemos evitar, advierte Dworkin, una confusión tentadora. El sentido fuerte de la palabra discreción no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica. Casi cualquier situación en la cual una persona actúa (incluyendo aquellas en las que no es cuestión de decidir bajo una autoridad especial y, por ende, no es cuestión de discreción) pone en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia. En función de ellos nos criticamos unos a

[167] *Introducción..., Ob. Cit.*, p. 160.

otros, y no hay razón para no hacerlo cuando los actos están más bien en el centro que más allá de la órbita de la autoridad especial[168].

(iii) Que en la teoría jurídica el término principio se usa generalmente para referirse a las llamadas bases axiológicas en las que se funda el orden jurídico. Es posible que estos principios se expresen en los textos de las leyes en vigor; sin embargo, tales enunciados rara vez sirven como fundamento positivo para resolver conflictos individuales, ya que los principios sólo muestran la dirección en que debería buscarse la solución de la controversia a fin de proporcionar criterios razonables para decidir. Sin embargo, como ya observamos, las normas al ser creadas se fundamentan en principios jurídicos, tratando por supuesto de ser generales, pero en la mayoría de los casos no puede escapar a regular una situación en concreto. Es más, como sostiene Paolo Comanducci, creo que, al menos hoy en día, hay un acuerdo bastante amplio, detrás de las diferentes definiciones y detrás de la variedad de los términos empleados, en considerar los principios como una clase de normas: respectivamente, los principios jurídicos como una clase de normas jurídicas[169]. A propósito, Ronald Dworkin llama "principio" a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, es un principio. La diferencia, apunta el mismo autor, entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en

[168] *Los Derechos en Serio*, *Ob. Cit.* p. 86.
[169] *Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho*, p. 285, en Decisiones normativas, ensayos en homenaje a Julia Barragán, Edit. Sentido, Caracas, 1999.

cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión[170].

Los principios generales del Derecho condensan los valores primigenios del ordenamiento, comenzando por los valores expresados en la Constitución, pero llegando también a los principios institucionales más concretos, en el sentido originario que Savigny dio a este concepto, según el sentido de las instituciones que las leyes han configurado. Es un hecho que un sistema jurídico que prima a los principios generales del Derecho (y así lo hace en cierto modo el artículo 1º del Código Civil español, cuando proclama "su carácter informador del ordenamiento jurídico") es más riguroso y construido que otro que pretenda desconocerlo en aras de un culto riguroso a la Ley y a su simple exégesis; es un sistema que no genera por sí solo inseguridad alguna, que obliga a los jueces a una preparación más profunda y matizada, en el que la seguridad jurídica y la certeza no son, de ningún modo, menores que el que pueda resultar de un positivismo de estricta observancia. La vinculación del juez a la Ley –como afirma García De Enterría– no se vulnera ni se reduce por el empleo de los principios generales del Derecho en el proceso interpretativo, siempre que tales principios se utilicen por juristas expertos y se inserten en el sistema normativo como aceite que facilita su funcionamiento y no como una alternativa o una excepción o ruptura del mismo[171].

(iv) La labor hermenéutica del derecho jurisprudencial siempre deja abierta a la elección del juez varias posibilidades de interpretación de la norma jurídica, salvo el límite que, a esa posibilidad discrecional, ahora la Sala Constitucional le impone del acatamiento del precedente vinculante u obligatorio mediante las subreglas (precedentes obligatorios) que va imponiendo incluso sobre normas legisladas, cuando también de interpretar la norma legal se trata, tal y como así lo definió en la preci-

[170] *Los Derechos en Serio*, *Ob. Cit.* pp. 74-75.
[171] *La Democracia y el Lugar de la Ley,* pp. 55 y ss., en El derecho, la ley y el juez (dos estudios), Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.

tada decisión de fecha 18-06-03 (caso: ASODIAM, en recurso de revisión), si su interpretación ***"se extiende al contenido y alcance de las normas de contenido legal para ajustarlas al texto constitucional"***.

Ahora bien, la Sala de Casación Social del TSJ no está de acuerdo con la considerada doctrina sobre el objeto de la prueba. En efecto, en decisión de fecha 19 de junio de 2003:

> (...) No comparte esa doctrina esta Sala de Casación Social, porque observa que la norma del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, en ninguna parte establece la indicación del objeto de la prueba como requisito de validez de su promoción, e interpreta que el artículo 398 *eiusdem*, sólo autoriza a declarar inadmisibles las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, lo cual no es cosa que pueda considerarse derivada de la circunstancia de no indicarse en la promoción el objeto de las mismas. Por lo demás, los hechos a que pueden referirse y sobre los que pueden tener beligerancia las pruebas, quedan delimitados en el libelo y la contestación, sobre lo cual entonces estarán perfectamente al tanto las partes, excluyéndose así una posible deslealtad procesal, quedando para la sentencia definitiva el análisis y apreciación integral de las mismas y de su congruencia con el planteamiento del debate, en lo cual no estará el juzgador obligado por lo que el promovente pueda señalar que es el objeto respectivo. A lo anterior, cabe añadir que en la generalidad de los casos el propio medio probatorio revelará claramente su objeto, y que en la especial materia laboral, en lo relacionado con la promoción y admisión de las pruebas, es aplicable el artículo 69 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo, el cual no contempla la exigencia que la doctrina en cuestión extrae del texto del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil (...).

La misma Sala en sentencia de fecha 16 de octubre de 2003 (caso: Olivia Rodríguez contra Hotel..., sentencia Nº 698), afirma que:

> (...) En la denuncia anterior explicó la Sala que no comparte la doctrina referida por el recurrente respecto a la interpretación de los artículos 397 y 398 del Código de Procedimiento Civil, porque observa que la norma del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, en ninguna parte establece la indicación del objeto de la prueba como requisito de validez de su promoción, e interpreta que el artículo 398 *eiusdem,* sólo autoriza a declarar inadmisibles las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, lo cual no es cosa que pueda considerarse derivada de la circunstancia de no indicarse en la promoción el objeto de las mismas (...).

A propósito de la posición de la Sala de Casación Social, en cuanto a que la norma del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, en ninguna parte establece la indicación del objeto de la prueba como requisito de validez de su promoción, e interpreta que el artículo 398 *eiusdem,* sólo autoriza a declarar inadmisibles las pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, lo cual no es cosa que pueda considerarse derivada de la circunstancia de no indicarse en la promoción el objeto de las mismas; pareciera propicio el momento, ante esa directa afirmación, para referir que la ley escrita no constituye un yugo para que el juzgador la aplique automática e irreflexivamente, sin que esto signifique que el juez deba alzarse contra la ley y proceder a crear Derecho libremente mediante la interpretación, sin límite alguno que causa desasosiego social, desigualdad, inseguridad jurídica e incerteza (interpretación ilimitada); o se pretenda la utilización alternativa del Derecho para justificar cualquier clase de interpretación con objetivos meramente ideológicos, e incorporar a la norma contenidos que la misma no tiene para aplicarla con base a una interpretación rigurosa, inflexible y absolutista, en detrimento de la justicia material del caso concreto en evidente olvido de los principios constitucionales, pues como afirma Eduardo García De Enterría, el papel del juez deberá seguir siendo el de un servidor de la Constitución y de la Ley, en nombre de las cuales habla y de las cuales, y no de ninguna otra fuente mágica, extrae únicamente la fuerza de sus sentencias. Es cierto que ante una legislación fragmentada, casuística, cambiante, con partes que caen con frecuen-

cia en obsolescencia por desajustes sistemáticos, el papel del juez se realza. Pero este realzamiento del papel del juez no puede nunca llevarle a una independencia respecto de la Ley. Le lleva, necesariamente, a un uso más apurado y refinado de los principios generales del Derecho, los cuales no son una fuente alternativa a la Ley, ni un modo de excusar la obediencia debida a ésta, ni, por supuesto, una técnica con la que operar una supuesta *libre récherche du Droit*[172].

Tal vez el precedente obligatorio o vinculante, por ser tal, de constituirse no sólo en una máxima consolidada en el tiempo (por lo repetida y repetitiva), que permeabiliza las instituciones y los intersticios de la sociedad, para convertirse, por su largueza en el tiempo y el espacio, en un absolutismo más, ante el yugo que impone, que no permite movilidad interpretativa alguna, que pudiere, por lo mismo, interesar momentos vitales en la realización de la justicia, al ocupar un espacio y un tiempo que ilumina y que, por tanto, no pueden ser iluminados por fuente de poder distinta.

Si es cierto, como apunta Diego López Medina, que el derecho jurisprudencial ha sido una herramienta utilizada en la lucha antiformalista contra la rigidificación del derecho legislado y codificado, es preciso también evitar que el derecho jurisprudencial, por la técnica del precedente, se convierta a su vez en un derecho rígido y formal. Este balance entre estructura, estabilidad y capacidad de cambio y ajuste es, también para el derecho jurisprudencial, uno de los problemas más agudos que debe resolver. Al respecto dice la Corte:

> El respeto al precedente es entonces esencial en un estado de Derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y

[172] *La Democracia y el Lugar de la ley, Ob. Cit.*, pp. 55 y ss.

> en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos jurídicos en un determinado momento, pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica –que implica unos jueces respetuosos de los precedentes– y la realización de la justicia material del caso concreto, que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas[173].

La Sala Politicoadministrativa del TSJ, por su parte, no admite totalmente la regla obligatoria *in commento (*de las Salas Plena Accidental, Casación Civil y Constitucional), pues en decisión de fecha 27 de febrero de 2003, sostuvo lo siguiente:

> (...) El artículo 395 del Código de Procedimiento Civil dispone lo siguiente (...) De la transcripción anterior, se evidencia que son medios de pruebas admisibles en juicio, los que determina el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República, además de aquéllos no prohibidos por la ley y que las partes consideren conducentes para la demostración de sus pretensiones.
>
> Puede igualmente apreciarse que la disposición antes citada no establece que para la admisión de una prueba deba señalarse expresamente cuál es el objeto de la misma; sin embargo, esta Sala considera que existen casos en los cuales resulta conveniente para las partes hacer tal señalamiento, pues sin duda alguna ello facilitaría la labor de valoración de las prue-

[173] Sentencia de Unificación 047-99, en *El derecho de los jueces*, p. 131, LEGIS, Bogotá, 2001.

> bas que debe desempeñar el juez al dictar sentencia. Lo que no puede, en ninguno de los casos, es pretenderse de manera general que tal precisión sea de obligatorio cumplimiento, creando una carga para las partes no establecida expresamente por la ley; (...)" Sin embargo, véase sentencia del 11-02-04, caso: Fisco Nacional contra Rayo Center, CA, Cap. VIII, 1.3, para observar criterio en contrario.

Y en su decisión de fecha 2 de julio de 2003:

> (...) considera la Sala que cualquier intención o tendencia restrictiva respecto de la admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquéllos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones, en principio resulta totalmente incompatible con el sistema de libertad de pruebas consagrado en nuestro ordenamiento jurídico... Asimismo, jurisprudencia reiterada de esta Sala ha establecido que dentro del análisis que el Juez haga de la legalidad o la pertinencia del medio probatorio, podrá declarar que 'sólo cuando se trate de una prueba manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarda relación alguna con el hecho debatido, podrá ser declara como ilegal o impertinente, y por tanto inadmisible (...).

La misma Sala en fallo de fecha 21 de marzo de 2007 (caso: Banco de Maracaibo *vs* FOGADE, sentencia Nº 00470), afirmó:

> (...) 1.- Respecto a la alegada omisión del señalamiento de la pertinencia de los medios de prueba, resulta conveniente señalar que conforme al pacífico criterio sostenido por la doctrina, el llamado principio o sistema de libertad de los medios de prueba es absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones, principio que se deduce del texto expre-

> samente consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que señala: (...)
>
> Vinculado directamente a lo anterior, destaca la previsión contenida en el artículo 398 *eiusdem,* alusiva al principio de la libertad de admisión, conforme al cual el Juez, dentro del término señalado, *"...providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes (...)"*.
>
> Así, entiende la Sala que la providencia o auto interlocutorio a través del cual el Juez se pronuncia sobre la admisión de las pruebas promovidas, es el resultado del juicio analítico efectuado por él respecto de las condiciones de admisibilidad que han de reunir las pruebas que fueran promovidas, es decir, de las reglas de admisión de los medios de pruebas contemplados en el Código de Procedimiento Civil, atinentes a su legalidad y pertinencia; ello porque sólo será en la sentencia definitiva cuando el Juez de la causa pueda apreciar, al valorar la prueba y establecer los hechos, si su resultado incide o no en la decisión que ha de dictar respecto al fondo del asunto planteado. Sobre la base del referido principio de libertad de los medios de prueba, una vez analizada la prueba promovida, el Juez habrá de declarar la legalidad y pertinencia de la misma, y en consecuencia la admitirá, pues sólo cuando se trate de una prueba manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarda relación alguna con el hecho debatido, podrá ser declarada como ilegal o impertinente, y por tanto inadmisible (...).

Como se observa, la Sala Politicoadministrativa adopta tres (3) situaciones en relación con el deber del promovente de la prueba de indicar qué hechos pretende probar con la misma. Por una parte, la conveniencia de que en algunos casos resulta las partes realicen aquel señalamiento, con la finalidad de facilitar la labor del juzgador para la valoración de las pruebas al dictar sentencia; pero sin que con ello la Sala –de modo genérico exija el cumplimiento de ese requisito como condición

indispensable para la admisión de la prueba–; que sólo cuando se trate de una prueba manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarda relación alguna con el hecho debatido, podrá ser declarada como ilegal o impertinente, y por tanto inadmisible; y que el sistema de libertad de los medios de prueba es absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones. Sin embargo, la Sala no acoge el criterio según el cual la inadmisión de la prueba sea consecuencia de no haber el promovente de la misma indicado lo que con la misma pretende probar.

La Sala de Casación Civil en sentencia de fecha 12 de agosto de 2005 (caso: Guayana Marine Service y otra, contra Seguros La Metropolitana S.A., siguiendo la tendencia hacia el abandono total de la regla obligatoria establecida en la sentencia del 16 de noviembre de 2001 (caso: Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra Microsoft Corporation); y así deberá ser para honrar los principios establecidos en los artículos 26, 49 y 257 constitucionales. Al justificar su decisión considera necesario flexibilizar esa doctrina (regla), afirmando que las pruebas constituyen el instrumento de las partes para **llevar la verdad al proceso** y ello –dice– es presupuesto necesario para el alcance del **fin último de la función jurisdiccional: la realización de la justicia**[174] (destacado nuestro); resolviendo lo siguiente:

[174] ¿Las pruebas constituyen el instrumento de las partes para llevar la verdad al proceso? Para llegar a la realización de la justicia material del caso concreto, no en abstracto. El justiciable tiene la expectativa, pero mejor aún el derecho a obtener con prontitud la respuesta correspondiente. Sin embargo, existen diversos criterios sobre el fin de la prueba judicial. Para uno es establecer la verdad, como ocurre con nuestro legislador para quien "Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados..." (art. 12, CPC); y de tal modo el criterio de la Sala de Casación Civil. Para otros, la finalidad de la prueba consiste en obtener el convencimiento o la certeza sujetiva del juzgador. Los terceros opinan que la finalidad de la prueba es la fijación de los hechos.

(...) El propio legislador excluyó el cumplimiento de este requisito de determinación del objeto de la prueba respecto de alguna de ellas en particular, como son las testimoniales y las posiciones juradas (...) por lo cual abandona el precedente jurisprudencial establecido (...) y establece que las testimoniales y las posiciones juradas están exceptuadas del requisito de indicación del objeto de la prueba en el acto de su promoción (...) y respecto del resto de las pruebas, la Sala presenta especial preocupación por haber observado en las actuaciones cumplidas ante este Tribunal Supremo, la frustración de las partes a quienes se les han desechado sus pruebas por el incumplimiento de este formalismo, a pesar de que la prueba ha sido admitida y adquirida por el proceso, y de su contenido resulta evidente la conexión entre los hechos que pretende trasladar al proceso y los controvertidos por las partes (...)

(...) Por tanto, es elección de la parte no promovente ejercer o no el derecho de oponerse a la admisión de la prueba, pues si considera que la falta de indicación del objeto le impide establecer la conexión directa entre los hechos que se pretenden probar y los discutidos, está facultado para oponerse, y en definitiva para apelar del auto de admisión de la prueba. En todo caso su inercia, evidencia que a pesar del incumplimiento de esa forma procesal, pudo conocer los hechos a probar y determinar su pertinencia y, por ende, cumplida la finalidad perseguida en la ley, es claro entender que si optó por no ejercer esos medios procesales, es porque consideró que no hubo lesión de su derecho de defensa (...).

(...) Por consiguiente, la Sala atempera su criterio y deja sentado que admitida y adquirida la prueba en el proceso, bien por haberlo permitido las partes o por mandato del juez, la prueba escapa de la esfera dispositiva de las partes y pertenece al juzgador para el hallazgo de la verdad y la realización de la justicia, en cuyo caso éste deberá determinar si la forma procesal incumplida, esto es, la falta de indicación del objeto de la

prueba, impidió alcanzar la finalidad prevista en la ley, es decir: su pertinencia con los hechos discutidos, pues si su contenido permite establecer la relación entre éstos, la prueba debe ser apreciada y no podrá ser declarada su nulidad, con pretexto en el incumplimiento de un formalismo que no impidió alcanzar la finalidad perseguida en la ley, siempre que no hubiese causado indefensión (...).

(...) Lo expuesto permite determinar que la falta de indicación del objeto de la prueba no causa por sí sola su nulidad, sino que en todo caso el juez debe determinar si ello impidió a la prueba demostrar su pertinencia, por cuanto una vez admitida y adquirida la prueba por el proceso, escapa de la esfera dispositiva de las partes y pertenece al juez para el hallazgo de la verdad y la realización de la justicia, en cuyo cumplimiento el sentenciador debe evaluar si la prueba no es capaz de permitir su conexión con los hechos controvertidos, pues si es evidente de su propio contenido, la pertinencia con los hechos discutidos, en definitiva resulta formalista y no acorde con los postulados constitucionales y legales, declarar su ineficacia.

Por las razones expuestas, la Sala atempera su doctrina relacionada con la indicación del objeto de la prueba, con expresa ratificación de que el cumplimiento de esa forma procesal en las instancias es necesaria sólo para denunciar en casación el vicio de silencio de prueba por el no promovente, pues ello constituye presupuesto indispensable para evidenciar el interés del formalizante en obtener el examen de la prueba y, por ende, su legitimación en casación para formular este tipo de denuncia, y en definitiva para determinar si la infracción del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, es capaz de influir en forma determinante en el dispositivo del fallo, lo que constituye requisito de procedencia del recurso de casación de las denuncias de infracción de ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 313 del Código de Procedimiento Civil.

> Por consiguiente, esta Sala estima necesario mantener la doctrina respecto de la indicación del objeto de la prueba en las instancias por parte del no promovente, como presupuesto necesario para evidenciar y razonar en casación su interés en alegar el vicio de silencio de la prueba, pues sólo en el supuesto de que ello pueda lograr un beneficio estará legitimado para su denuncia, lo que debe ser fundamentado en forma adecuada por el recurrente, y además la expresión del objeto de la prueba en las instancias por el recurrente en casación permite la determinación de la influencia del error cometido por el juez al silenciar la prueba, que sólo es capaz de producir la nulidad del fallo si es determinante en el dispositivo.
>
> Este requisito no rige respecto del promovente, por cuanto el mismo acto de promoción implica la manifestación de su interés en que la prueba sea admitida, adquirida por el proceso y valorada por el juez (...).

Ante esta sentencia es importante resaltar:

(i) Que la doctrina (regla obligatoria) en discusión tiene los días contados, pues la Sala de Casación Civil va **flexibilizando** su rígido criterio sobre el objeto de la prueba; y flexibilizar se traduce en abandono, rectificación, que se dobla fácilmente, que cede o se acomoda sin dificultad; y esto es importante para evitar que el derecho jurisprudencial se fosilice, pues el precedente de cumplimiento obligatorio sobre la indicación de lo que pretende probarse con el medio ofrecido (objeto de la prueba) se va quedando atrás en beneficio del justiciable ante el avance de la socialización del proceso.

(ii) ¿Las pruebas constituyen el instrumento de las partes para llevar la verdad al proceso? No se trata propiamente de una verdad formal, pues entonces estaríamos hablando de dos verdades admitidas por nuestro legislador: la verdad que encuentra el juez por haber sido alegada y probada en autos (el hecho alegado y probado), en cuyo caso decide a favor de quien él considera que tiene *"la verdad"* (verdad judicial, o la que aparece de las pruebas del proceso), y la otra verdad que no pudie-

ra encontrarse en los autos, que sería la verdad verdadera (la verdad material, la que se relaciona o refiere a los hechos realmente ocurridos). La verdad absoluta de los hechos no parece encontrarse en el proceso de ninguna manera. Es así, entonces, como la verdad formal tiene prevalencia en el ámbito civil, con vista a que es la única válida, aun cuando sea diferente a lo que en realidad haya podido acontecer. Se trataría de dos verdades que no pueden existir al mismo tiempo, porque una de las mismas choca con la justicia material del caso concreto. Hernando Devis Echandía critica la tesis según la cual se asigna a la prueba judicial la finalidad de establecer la verdad, afirmando que tal teoría es inaceptable, porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al juez el convencimiento necesario para fallar[175].

(iii) La Sala de Casación Civil admite que el propio legislador excluyó el cumplimiento de este requisito de determinación del objeto de la prueba respecto de alguna de las pruebas, en particular, como son las testimoniales y las posiciones juradas, por lo cual abandona el precedente jurisprudencial establecido, afirmando que las testimoniales y las posiciones juradas están exceptuadas del requisito de indicación del objeto de la prueba en el acto de su promoción.

(iv) En cuanto a los demás medios probatorios, la Sala manifiesta especial preocupación por la frustración de las partes a quienes se les han desechado sus pruebas por el incumplimiento de ese formalismo, a pesar de que la prueba ha sido admitida y adquirida por el proceso, y de su contenido resulta evidente la conexión entre los hechos que pretende trasladar al proceso y los controvertidos por las partes.

(iv) La Sala acepta que admitida y adquirida la prueba en el proceso, el juzgador está obligado a determinar si la falta de indicación del objeto de la prueba impidió alcanzar la finalidad prevista en la ley, es decir, su pertinencia con los hechos discutidos, pues si su contenido permite es-

[175] *Ob. Cit.*, p. 239.

tablecer la relación entre éstos, la prueba debe ser apreciada y no podrá ser declarada su nulidad, con pretexto en el incumplimiento de un formalismo que no impidió alcanzar la finalidad perseguida en la ley, siempre que no hubiese causado indefensión.

(iv) Es a la parte no promovente de la prueba a quien corresponde ejercer o no el derecho de oponerse a la admisión de la prueba, pues si considera que la falta de indicación del objeto le impide establecer la conexión directa entre los hechos que se pretenden probar y los discutidos, está facultado para oponerse, y en definitiva para apelar del auto de admisión de la prueba. En todo caso, su inercia evidencia que a pesar del incumplimiento de esa forma procesal, pudo conocer los hechos a probar y determinar su pertinencia y, por ende, cumplida la finalidad perseguida en la ley. Por tanto, si opta por no ejercer esos medios procesales, es porque considera que no hubo lesión de su derecho de defensa.

(v) Ofrecido el medio probatorio sin indicación de lo que se pretende probar con el mismo, de todos modos la prueba pertenece al proceso y, por tanto, escapa a la esfera dispositiva de las partes, pues su finalidad es demostrar los hechos alegados para la realización de la justicia material del caso concreto. Por tanto, la falta de indicación del objeto no constituye pretexto para declarar su inadmisión y debe ser apreciada o valorada con aquella finalidad y así establecer si el medio probatorio es pertinente con los hechos discutidos, pues en caso contrario estamos en presencia de un formalismo enervante del derecho de acceso a la prueba y en grave infracción del artículo 49 constitucional.

(vi) Asimismo, la Sala de Casación Civil advertida de la presencia siempre activa de la indefensión, **atempera** (modera, se aleja del formalismo enervante y del extremo, con sensatez y cordura) su doctrina y afirma que la indicación del objeto de la prueba sólo es necesaria en las instancias para denunciar en casación el vicio de silencio de prueba por el no promovente (quien ha debido alegar en la instancia el beneficio que la prueba del promovente le concede) para que la Sala examine la prueba a objeto de determinar si la misma tiene influencia determinante en el dispositivo del fallo (recurso por infracción de ley

conforme al artículo 313 del Código de Procedimiento Civil), pues no puede eludir el principio de la comunidad de la prueba, y la Sala para no desprenderse del todo de su doctrina, en este punto y ante la falta de indicación del objeto probatorio, afirma que ese requisito no rige respecto del promovente, pues el mismo acto de ofrecimiento del medio probatorio indica su interés en que la prueba se admita, adquiera por el proceso y se valore por el juzgador.

La Sala de Casación Civil del TSJ en decisión del 25 de octubre de 20005 (caso: GILDARDO MOLINA CALLES contra ASOCIACIÓN DE MATADEROS INDUSTRIALES DEL CANTÓN (ASOMAICA), C.A., continúa avanzando hacia el abandono total de su regla obligatoria, cuando dispuso lo siguiente:

> (...) No puede esta Sala consentir que el fin supremo de la realización de la justicia se doblegue frente al incumplimiento de un formalismo procesal que no hubiese impedido el logro de la finalidad perseguida por el legislador ni hubiese causado indefensión, que en el caso concreto se refiere a la pertinencia de los hechos que se pretenden trasladar al proceso con los discutidos por las partes, pues ello atenta directamente contra los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y los artículos 206 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.
>
> Lo expuesto permite determinar que la falta de indicación del objeto de la prueba no causa por sí sola su nulidad, sino que en todo caso el juez debe determinar si ello impidió a la prueba demostrar su pertinencia, por cuanto una vez admitida y adquirida la prueba por el proceso, escapa de la esfera dispositiva de las partes y pertenece al juez para el hallazgo de la verdad y la realización de la justicia, en cuyo cumplimiento el sentenciador debe evaluar si la prueba no es capaz de permitir su conexión con los hechos controvertidos, pues si es evidente de su propio contenido, la pertinencia con los hechos discutidos, en definitiva resulta formalista y no acorde con los postulados constitucionales y legales, declarar su ineficacia.

> Por las razones expuestas, la Sala atempera su doctrina relacionada con la indicación del objeto de la prueba, con expresa ratificación de que el cumplimiento de esa forma procesal en las instancias es necesaria sólo para denunciar en casación el vicio de silencio de prueba por el no promovente, pues ello constituye presupuesto indispensable para evidenciar el interés del formalizante en obtener el examen de la prueba y, por ende, su legitimación en casación para formular este tipo de denuncia, y en definitiva para determinar si la infracción del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil es capaz de influir en forma determinante en el dispositivo del fallo, lo que constituye requisito de procedencia del recurso de casación de las denuncias de infracción de ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 313 del Código de Procedimiento Civil.
>
> Por consiguiente, esta Sala estima necesario mantener la doctrina respecto de la indicación del objeto de la prueba en las instancias por parte del no promovente, como presupuesto necesario para evidenciar y razonar en casación su interés en alegar el vicio de silencio de la prueba, pues sólo en el supuesto de que ello pueda lograr un beneficio estará legitimado para su denuncia, lo que debe ser fundamentado en forma adecuada por el recurrente, y además la expresión del objeto de la prueba en las instancias por el recurrente en casación permite la determinación de la influencia del error cometido por el juez al silenciar la prueba, que sólo es capaz de producir la nulidad del fallo si es determinante en el dispositivo.
>
> Este requisito no rige respecto del promovente, por cuanto el mismo acto de promoción implica la manifestación de su interés en que la prueba sea admitida, adquirida por el proceso y valorada por el juez (...)" (subrayado nuestro).

Tal y como puede apreciarse, la Sala de Casación Civil del TSJ es posible no tarde mucho tiempo en abandonar totalmente su doctrina (regla) sobre la obligación de indicar lo que se pretende probar con el medio probatorio ofrecido (indicación del objeto de la prueba), pues paulatina-

mente va adaptando esa regla a los principios contenidos en los artículos 26, 49 y 257 constitucionales.

Como corolario de las citas jurisprudenciales realizadas, prácticamente ningún sentido tendría la administración de justicia sin el ejercicio por las partes del derecho a la prueba, y no sólo éste, sino a que luego de ofrecida en el proceso, no siendo ilegal o impertinente, sea admitida, practicada y valorada en la definitiva para la tutela judicial efectiva de ese derecho en la solución del caso concreto. Ese derecho a la prueba, en toda su dimensión procesal, está inseparablemente unido el derecho a la defensa, pues de nada valdría tener aquel derecho sin poder ejercerlo; o como afirma el antiguo adagio: "Tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo"; o en palabras de Sentís Melendo, la prueba constituye la zona, no sólo de mayor interés, sino también neurálgica del proceso; la prueba da carácter al proceso; un proceso es más o menos liberal, más o menos autoritario, sobre todo en razón de la libertad o del autoritarismo, que denomina la materia de la prueba[176]. Es como si estuviésemos hablando, comparativamente, de la columna vertebral sin la que el ser humano no podría sostenerse en posición vertical, equivalente a la prueba en el proceso sin la cual la "verdad" permanecería cautiva. El derecho de acceder a la prueba (Nº 1 artículo 49, CRBV) no es letra decorativa en el texto constitucional, y todo cuanto constituye un formalismo enervante en la admisión de la prueba, debe rechazarse, máxime si ese formalismo pudiere devenir de la interpretación literal o acomodaticia de la norma que regula la admisión de la prueba, aislada de la norma (constitucional) que ha constitucionalizado el proceso y, por tanto, el derecho a la prueba, pues como predicó San Pablo, aun cuando en otro ámbito, *"La Ley escrita da muerte, mientras que el Espíritu da vida"* (2 Cor., 6). Para garantizar el derecho de defensa de las partes, apunta Arazi, el debate debe ceñirse a ciertas premisas mínimas como son la igualdad, la bilateralidad o contradicción y la congruencia. Si no se cumplen no habrá "debido" proceso[177].

[176] *El Proceso Civil,* Vol. 1, p. 182, Edit. Ejea, Buenos Aires.
[177] *El Proceso Civil,* Vol. 1, p. 182, Edit. Ejea, Buenos Aires.

En efecto, cuando la norma expresa de qué manera debe ofrecerse el medio probatorio, si el promovente no actúa así y se carga a la parte la omisión de su representación judicial, impidiéndose de tal modo que lleve a la convicción al juzgador, la veracidad del hecho afirmado, pues el Juez en el proceso dispositivo no atiende al deber de inquirir la verdad de ese hecho sino que opta por la vía más fácil: inadmitir el medio probatorio ofrecido, en cuyo caso la letra de la ley enerva el derecho de la parte a que se averigüe ese hecho afirmado y no admitido por la otra parte; y si no es la letra de la norma la que expresamente exige que el medio probatorio debe ofrecerse de determinada manera (caso del artículo 397 del CPC, por ejemplo), entonces pudiere ocurrir que la interpretación del juzgador haga derivar de la norma consecuencias que podrían chocar con la norma constitucional que garantiza el derecho a la prueba (1, artículo 49, CRBV), e impedir la práctica y valoración de la prueba, como forma necesaria para que el proceso sea efectivamente un instrumento para la realización de la justicia material del caso específico. En el caso de la prueba de testigos, si su promovente indica qué pretende probar con los mismos, ¿qué puede ocurrir en la realidad? En el supuesto que los testigos rindan su declaración, alguno de los mismos, varios o todos, en sus deposiciones pueden manifestar hechos diferentes a los que su promovente indicó quería probar, o simplemente sus deposiciones se refieren a lo que pretende el promovente. Si ocurre lo primero ¿para qué sirvió la prueba en relación con los testigos que nada aportaron a la solución de la controversia? Y no obstante, la prueba fue admitida en cuanto a los mismos. En cambio, si su promovente no dijo qué pretendía probar con la misma, de haber sido admitida y las deposiciones de varios o de todos concuerdan entre sí con las demás pruebas, o simplemente se refieren de modo terminante a los hechos de la controversia, en cuyo caso ¿cómo apreciará el juzgador tales deposiciones? *Mutatis mutandi,* para el caso de las posiciones juradas, los instrumentos privados o públicos, y otros medios probatorios diferentes a la inspección judicial y la de peritos, en el proceso civil.

El demandante afirma los hechos y el demandado los admite o niega. Sin la prueba de los hechos no admitidos, salvo los hechos notorios que no deben ser probados (artículo 506, CPC), el derecho hecho valer ca-

recería de sentido alguno, pues no habría manera de obtener la tutela de ese derecho y el restablecimiento del derecho conculcado. El derecho a la prueba es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República; entendiendo éste –como afirma Leopoldo Márquez Áñez–, no como una simple expectativa cuya materialización depende del criterio discrecional del juez de la causa, sino, al contrario, como una potestad que sólo depende en su concreción y ejercicio de su reconocimiento legal y de la voluntad de la respectiva parte. Y cabe agregar que esto no puede ser de otra manera, pues del derecho a la prueba depende esencialmente el resultado del proceso y el establecimiento de la situación jurídica de los particulares sobre la relación litigiosa[178]. En el proceso no puede obtenerse la tutela judicial efectiva, sino a través de la prueba de los hechos controvertidos. Sin embargo, no significa que el medio de prueba ofrecido debe admitirse en todo caso, pues ese derecho no es absoluto, tiene sus límites (ilegalidad e impertinencia de la prueba) como salvaguarda de los derechos de la otra parte y de la propia realización de la justicia material del caso concreto. No obstante, como hemos observado en otro lugar, siempre será preferible admitir la prueba, aunque pudiera incurrirse en un exceso por parte del juez, que negar su admisión, pues ese exceso más bien beneficia en la búsqueda de la verdad del hecho afirmado y de la justicia, que el daño que pudiera causarse. ¿No es cuando se juzga o valora la prueba, puede determinarse con mayor conocimiento de causa si el medio ofrecido resulta conducente o no para la solución de la controversia? Por eso, cuando se afirma que si el promovente del medio probatorio no indica qué pretende probar con el mismo, éste es inadmisible; tal interpretación de la norma podrá constituir una posible desviación ideológica y teleológica de la misma, pues la interpretación tiene que realizarse con fundamento en la Constitución. Resulta necesario buscar el verdadero sentido de la norma a la luz de la Carta Fundamental, haciendo que ésta la permeabilice e ilumine, para que se comprenda que su finalidad que no puede consistir en un obstáculo al derecho de probar, sino más bien

[178] *Ob. Cit.*, pp. 114 y 115.

en facilitar la prueba del hecho o de los hechos controvertidos. Esto no se obtiene interpretando la norma extensivamente para concederle unos resultados o consecuencias que obstaculicen la búsqueda de la verdad objetiva, estableciendo otros límites diferentes a los indicados en la Ley, que impiden la realización de la prueba, sino, por el contrario, concebir restrictivamente esos límites al ejercicio de ese derecho a la prueba (ilegalidad e impertinencia), para que a través de la convicción que la misma (prueba) lleve al juez en la solución de la controversia, con fundamento en esos hechos y la norma aplicable.

CAPÍTULO XV

ALGUNAS INTERROGANTES EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE INDICAR EL OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL

1) ¿En los artículos 397, 433, 502, 503 y 505 del Código de Procedimiento Civil se exige de manera **puntual** (exacta, precisa y detallada), –como lo sostiene la tesis que venimos discutiendo– que el promovente de la prueba está obligado a expresar con precisión lo que pretende probar con el medio que ofrece?

Esas son normas jurídicas y por tanto reglas de conducta obligatoria, dirigidas a las partes en el proceso y no sólo a las mismas, sino al juzgador para que las aplique al caso concreto; pero en ellas no aparece esa exigencia (*puntual*) de que el promovente de la prueba esté obligado a precisar qué es lo que pretende probar. En consecuencia, como se impone la inadmisibilidad de la prueba como sanción al promovente de la misma –cuando no indica de modo exacto, preciso y detallado, qué es lo que pretende probar con ella–, estamos en presencia de una sanción no prevista en ninguna de esas normas obligatorias. En el caso, por ejem-

plo, del artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, cuando se trate de hechos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en oficinas públicas, bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles, e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio, el Tribunal, a solicitud de parte, requerirá de ellas informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos, o copia de los mismos. Sin embargo, la norma no exige al promovente de la *prueba de informes* que esté obligado a precisar de manera puntual qué hechos pretende probar con esa prueba, sino simplemente que indique los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos; pero en la norma *in commento* no se establece la referida sanción (inadmisibilidad). Es lógico deducir que el juez quedará imposibilitado para requerir (informe sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos o copia de los mismos) a las oficinas públicas, bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles, e instituciones similares; si el promovente de esa prueba no indica cuáles son esos hechos litigiosos, pero es de suponer que el promovente cuando solicita al juez que requiera el referido informe, de la manera indicada, no puede obviar tal indicación. El sentido común así lo precisa. Sin embargo, el olvido del promovente –si fuere el caso– no sugiere ni indirectamente que el juez deba, sin más, inadmitir la prueba como sanción impuesta al promovente omiso, sino que el juez tiene la obligación –como consecuencia del ***despacho saneador***– de exigir al promovente (omiso) que indique los hechos litigiosos que constan o aparecen en aquellos instrumentos, todo esto con fuerza en lo dispuesto en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución Nacional. Diferente es si ese promovente adopta una actitud rebelde o contumaz (de desacato), en cuya situación el juzgador no podrá determinar la pertinencia o legalidad de esa prueba. ¿Qué debe ocurrir entonces? ¿Inadmitir la prueba por tal defecto? Según el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término fijado en el artículo anterior, el Juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes, y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

En el caso propuesto ¿cómo hace el juzgador para conocer que esa prueba es ilegal o impertinente, si su promovente no indicó cuáles eran

los hechos litigiosos que aparecían en aquellos instrumentos? Indudablemente que el juez no podrá verificar, constatar o valorar la legalidad o pertinencia de ese medio de prueba ofrecido. Tenemos la impresión que el juez sólo está obligado a declarar esa prueba inadmisible si puede apreciar la impertinencia o la ilegalidad de la misma. En caso contrario no puede válidamente declarar la inadmisibilidad de esa prueba, pues ¿cómo sabe el juez que esa prueba es ilegal o impertinente? ¿Será que él da ese conocimiento como tácito o sobreentendido? Consideramos que no, porque el Juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes, y desechando las que *aparezcan* manifiestamente ilegales o impertinentes. El desechamiento a que se refiere la norma sólo procede cuando la prueba *aparece manifiestamente* ilegal o impertinente, dada la significación de que lo manifiesto es claro, patente y sin duda alguna. La prueba aparece manifiestamente como tal, cuando el juez realiza el estudio de los hechos alegados en la demanda o su contestación, según corresponda, y los contrasta o compara con los hechos que pretende probar el promovente. Sin ese estudio fáctico ¿cómo llega el juez al convencimiento que esa prueba pretensa es ilegal o impertinente? ¿Quiere decir, entonces, que el medio de prueba ofrecido con ese defecto queda en la penumbra, en el limbo, y que el juzgador nada dirá al respecto, pues aquella regla se basta a sí misma? No, de ninguna manera. En ese caso, el juez está obligado a pronunciarse, porque las partes tienen el derecho a conocer cuál es el criterio del juzgador al respecto, más aún si el medio de prueba ofrecido aparece como determinante para la resolución de la causa. Por ejemplo, si A promueve como prueba un instrumento privado donde conste la obligación de B de pagarle la suma de dinero que allí consta, no obstante que no dice qué pretende robar con ese medio probatorio. En este caso, el instrumento es determinante en la resolución, y el juez mediante una simple verificación puede constatar si el hecho que aparece en el instrumento fue el mismo alegado en la demanda; en cuyo caso, o bien el hecho que se pretende probar se sobreentiende y, por tanto se admite la prueba, o por el contrario la prueba no se admite por aplicación de la regla que obliga al juez a inadmitirla sin emitir su criterio de por qué esa prueba es ilegal al no poderse determinar su pertinencia, pues allí la pertinencia de esa prueba no es difícil determinarla por el operador judi-

cial. De alguna manera se podría contrastar lo que afirmamos, con lo sostenido por la Sala Constitucional del TSJ, en sentencia de fecha 7 de noviembre de 2004 (caso: N. Mallma en amparo), "(...) las denuncias que conciernen a *las razones por las cuales un determinado órgano judicial admite o rechaza una prueba* o a la valoración que éste dé de la misma, constituyen cuestiones de legalidad ordinaria y que al ser materias exclusivamente encomendadas a los órganos jurisdiccionales de instancia, no pueden ser objeto de la acción de amparo; no obstante ello, cuando "el tratamiento que se da a la prueba promovida implica un abuso de derecho, la valoración de la prueba resulta claramente errónea o arbitraria o cuando se ha dejado de valorar, sin justificación alguna, una prueba determinante para la resolución de la causa", se presenta una excepción a esa regla (*Cfr.* sentencias números 1571-2003 del 11 de junio, 2152-2003 y 2154-2003 del 7 de agosto. Destacado nuestro).

El juez está obligado a conducir el proceso conforme al artículo 257 de la Constitución Nacional, que define el mismo como un instrumento fundamental para la realización de la justicia, y para ello no puede quedarse como convidado de piedra, sino realizar todo cuanto le permite o autoriza la ley, para la búsqueda y encuentro de la verdad jurídica objetiva. No se trata de suplir por el juez la negligencia de las partes, ordenando las diligencias indispensables para precisar y esclarecer los hechos controvertidos, pues como afirma Arazi, quien juzga tiene el derecho y el deber de estar en claro; si se le pide que resuelva un conflicto no se le puede impedir que arbitre los medios a su alcance para determinar cómo sucedieron los hechos y fallar de acuerdo con lo que él considere justo[179], pues no puede ser de otra manera, y aun mediando negligencia de las partes, el juez tiene el deber de suplir esa omisión y –como apunta Augusto Morello– y antes de fallar tiene que esclarecer los hechos ordenando la producción de prueba que considere decisiva[180]. Nuestro proceso ha sido constitucionalizado y el principio dispositivo cede espa-

[179] *Ob. Cit.*, p. 43.
[180] Citado por Arazi, p. 43.

cio al inquisitivo sin desmedro o mengua de ése, y cobra mayor presencia lo dispuesto en los artículos del Código de Procedimiento Civil, que se refieren a las diligencias que puede, debe en tal caso, ordenar de oficio para mejor proveer. ¿Es que acaso el juez no puede, en todo caso, ordenar la práctica de la prueba si la considera conducente a la solución de la causa? En efecto, para la decisión de la causa en Primera Instancia en el proceso civil, una vez concluido el lapso probatorio, el juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias: Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro; exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario; la comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes; que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro; y, que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos. Estas facultades probatorias están en consonancia con las indicadas normas constitucionales.

2) ¿En los artículos 451 y 472 del Código de Procedimiento Civil se exige de manera **puntual** (puntual: exacto, preciso, detallado), que el promovente de la prueba esté obligado a expresar con precisión lo que pretende probar con el medio probatorio que ofrece, pues en caso contrario la prueba es ilegal al no poderse valorar la pertinencia, y por tanto es inadmisible?

La interrogante –en relación con esas dos normas jurídicas– presenta dos temas o hipótesis que inquieren la correspondiente respuesta: a) si el promovente de la prueba está obligado a expresar con precisión lo que pretende probar con el medio probatorio que ofrece; y, b) si el pro-

movente no cumple tal exigencia, la prueba es ilegal al no poderse valorar la pertinencia y, por tanto, es inadmisible.

En cuanto al *primer tema,* la discusión versa sobre si los artículos 451 y 472 del Código de Procedimiento Civil requieren que el promovente de la prueba esté obligado a expresar con precisión lo que pretende probar con el medio probatorio que ofrece. Al respecto, el artículo 451 *eiusdem* contempla que el promovente deberá indicar con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse. Es indudable, entonces, que la norma establece la obligación para el promovente de indicar con precisión y claridad los hechos que pretende probar, en cuyo caso estamos en presencia de una norma imperativa-atributiva, porque en primer lugar impone un deber al promovente, y luego le concede un derecho: que la prueba sea practicada. Si no cumple el deber ¿renuncia al derecho? Consideramos que no, pues la norma procesal no lo contempla así, ni ninguna otra, y además porque existen normas no sólo legales sino también constitucionales, como las *supra* observadas, que obligan al juzgador a actuar para que se realice la justicia del caso concreto (*Vid.* Nº I, *ut supra*). Pudiera acontecer también que no obstante promoverse la experticia, en la misma no se presentan con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe efectuarse. ¿En qué consiste la claridad del punto sobre el cual debe efectuarse la prueba? ¿En qué consiste la precisión del punto sobre el cual debe efectuarse la misma? Los vocablos "claridad" y "precisión" son conceptos jurídicos que, aun expresos en la norma *in commento*, sin embargo, en la misma no se definen o precisan (la norma no tendría por qué definir o precisar), siendo, entonces, *conceptos jurídicos indeterminados*[181] por lo cual quedan a la

[181] La tendencia a la eliminación del casuismo legislativo (en cierto modo una norma para cada caso) ha dado lugar a que el operador judicial disponga de la facultad de dar contenido a los conceptos jurídicos indeterminados a que la ley se refiere o indica (verdad, equidad, justicia, pertinencia, debido proceso, buena fe, orden público, incumplimiento, motivo grave, buenas costumbres y otros conceptos más), pues el juez está más cerca de los hechos del caso concreto y con fundamento en la interpretación de los mismos puede darles sentido y trascendencia en el ámbito procesal, en la solución del asunto controversial sometido a decisión.

determinación o apreciación del juzgador. Por eso, para unos tendrán determinada connotación y para otros, significado distinto. Si el promovente no indica con precisión y claridad los puntos sobre los cuales debe efectuarse la experticia, ¿qué debe hacer el juez en tales casos? ¿Tener la prueba como no válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba? O, por el contrario ¿el juzgador está obligado a exigir al promovente que aclare o precise el o los puntos sobre los cuales debe efectuarse? Lo que la norma no contempla, ni ninguna otra norma, la consecuencia ante la omisión, en cuyo caso se debe buscar cuál es la consecuencia. Para las Salas Civil y

---

Se observa que el concepto jurídico indeterminado por ser abierto, no limitado, permite precisamente el ejercicio de esa facultad por parte del juzgador, autorizándole, además, para adaptar el pronunciamiento judicial a las peculiaridades del caso concreto; lo cual puede realizar también, en ciertos casos, mediante las máximas de la experiencia común, que cumplen la función de llenar los conceptos jurídicos indeterminados con elementos o criterios sociales de valor. En cambio, una norma cerrada, inflexible, de formulación exacta o rígida (concepto jurídico determinado), no permite al juez sino únicamente lo que le orden la norma. Por ejemplo, si una norma de formulación exacta, dice Henke, autorizara al empleador para despedir sin previo aviso a un motorista en caso de "serie retirado el registro de conductor", el juez no podría indagar ni las razones por las cuales ese registro le fue retirado (tal vez dolencias físicas o contraídas en su trabajo al servicio de ese mismo empleador), ni la dureza que ese despido implica (La cuestión de hecho, p. 62, Ejea, Buenos Aires, 1979). Un concepto jurídico determinado, como ejemplo lo constituye el artículo 12 del Código Civil: "Los lapsos de años o meses se contarán desde el día siguiente al de la fecha del acto que da lugar al lapso, y concluirán el día de fecha igual a la del acto, del año o mes que corresponda para completar el número del lapso. El lapso que, según la regla anterior, debiera cumplirse en un día de que carezca el mes, se entenderá vencido el último de ese mes. Los lapsos de días u horas se contarán desde el día u hora siguiente a los en que se ha verificado el acto que da lugar al lapso. Los días se entenderán de veinticuatro horas, los cuales terminarán a las doce de la noche. Cuando, según la Ley, deba distinguirse el día de la noche, aquél se entiende desde que nace hasta que se pone el sol...". Como se aprecia, la estructura y contenido de la norma citada está compuesta por elementos exactos, y el juez queda sometido a tales elementos, por tratarse de un concepto jurídico determinado. En cambio, si en la norma los elementos que la integran son imprecisos, abiertos, dinámicos, fluidos, se trata de un concepto jurídico indeterminado, como por ejemplo, el artículo 185 del Código Civil: "Son causales únicas de divorcio: ...2°.- El abandono voluntario". Este concepto jurídico del "abandono voluntario" es abierto, flexible, impreciso, dinámico, fluido; y por tanto permite o autoriza al juez para interpretar, con fundamento en los elementos fácticos de la causa, según lo alegado y probado, y obtener allí elementos de convicción para apreciarlos y declarar, en la sentencia, si hubo o no el abandono voluntario alegado.

Constitucional del TSJ, como hemos observado, la consecuencia es tener la prueba como no promovida legalmente, lo que equivale a falta u omisión de prueba (Sala de Casación Civil), o inadmitir la prueba, porque con tal omisión la misma es ilegal al no poderse valorar la pertinencia (Sala Constitucional).

¿Qué decir en relación con el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil? Según esta norma, el juez, a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos. La inspección ocular prevista en el Código Civil se promoverá y evacuará conforme a las disposiciones de este Capítulo; mientras que según el artículo 1.428 del Código Civil, el reconocimiento o inspección ocular puede promoverse como prueba en juicio para hacer constar las circunstancias o el estado de los lugares o de las cosas que no se pueda o no sea fácil acreditar de otra manera sin extenderse a apreciaciones que necesiten conocimientos periciales. Al efecto, la jurisprudencia de nuestros tribunales desde antiguo viene determinando o exigiendo la necesidad de que el promovente está obligado a indicar los hechos sobre los que versará esa prueba. *Mutatis mutandi,* las consideraciones antes anotadas nos parecen valederas para los diversos supuestos observados en atención al artículo 472 *eiusdem.*

En cuanto al segundo *thema* en discusión, el mismo comprende si el promovente no cumple con indicar con precisión lo que pretende probar con el medio de prueba ofrecido, el mismo es ilegal al no poderse valorar la pertinencia, y por tanto es inadmisible. Aquí cabe esta interrogante, ¿de dónde se extrae u obtiene la sanción de inadmisibilidad del medio ofrecido, para el caso que el promovente no precise qué pretende probar con el mismo, toda vez que el juzgador, en este caso, no realiza ninguna actividad para verificar o constatar la ilegalidad ni la impertinencia? El juzgador llega a la convicción simplemente porque el promovente no cumple esa exigencia y nada más. Lógicamente que allí la tesis queda debilitada, porque –como hemos observado en otro lugar y en este trabajo– se estaría dando por cierto o demostrado lo que se

debe demostrar o probar (vicio de razonamiento denominado *petición de principio*). Por eso, como el juzgador en tal caso no realiza ninguna actividad, para verificar o constatar la ilegalidad, ¿esa omisión del juez convierte a la prueba en ilegal con la sola falta o ausencia de razonamiento que lo convenza de ello? Pensamos que sí. En efecto, utilicemos para sostener nuestra afirmación lo que dice la Sala Constitucional del TSJ: "(...) cuando se promueve una prueba debe indicarse cuál es el objeto de la misma y qué se pretende probar con ella, porque de lo contrario dicha prueba será **ilegal** al no poderse valorar la **pertinencia**, y por tanto inadmisible (...)" (negrillas nuestras, sentencia de fecha 11-07-03, caso: Puertos de Sucre, S.A. en amparo). Como en esa hipótesis dicha prueba será **ilegal** al no poderse valorar la **pertinencia**, la ilegalidad de la prueba surge de la omisión en que incurre el juez al no poder valorar la pertinencia de esa prueba, y esto que en verdad es incomprensible, porque la consecuencia que tal omisión judicial provoca, a su vez, consiste en una sanción que impone el juzgador, no la ley, cual es la inadmisibilidad de la prueba, en evidente contradicción con los principios constitucionales ya observados. Ciertamente no existe allí argumento alguno para deducir la ilegalidad, sino que da por satisfecha la misma con la sola omisión del debido razonamiento, para luego establecer como consecuencia la sanción de inadmisibilidad de la prueba. Luego, entonces, la discutida doctrina coloca en aprietos al operador judicial, al obligarlo a declarar la prueba inadmisible, porque el promovente de la misma no indicó lo que pretendía probar.

Toda sanción debe estar expresamente prevista por el legislador, y como ninguna de las mencionadas normas procesales contempla sanción alguna, para cuando el promovente de la prueba no precise lo que pretende probar, entonces la sanción se ha creado por el juzgador y por la ley (*sanción:* pena que la ley establece para el que la infringe (...) Aplicar una sanción o castigo)[182]. No por vía de interpretación de la norma y menos aún como actividad integradora de la ley, se puede legalmente

[182] Diccionario Esencial..., *Ob. Cit.*

deducir que hay necesidad de crear la sanción en contra del promovente de la prueba que incurra en esa omisión, porque crear la sanción –tal como se ha creado con tal doctrina– constituye un acto que se opone al concepto de justicia del modo como la misma se concibe en la Constitución de la República. ¿Que no es así? Acudamos entonces a lo que estatuyen los artículos 26, 49 y 257 de la Norma Fundamental, a objeto de que la discusión nos permita buscar un acuerdo al respecto. Pongamos, con esa intención, esta interrogante de contenido positivo: ¿en cuál de aquellas normas procesales se establece que si el promovente de la prueba no precisa lo que pretende probar con la misma, la prueba es ilegal, porque no se puede valorar su pertinencia y, en consecuencia, es inadmisible? Se trata de los artículos 397, 433, 451, 472, 502, 503 y 505 del Código de Procedimiento Civil, a que hace referencia la regla obligatoria que estamos comentando. Como tantas veces hemos observado, en ninguna de esas normas se contempla aquella sanción. Luego, entonces, la sanción (represiva) ha sido creada por el juez.

3) Puede ocurrir que el promovente de la prueba no indique el objeto de la misma, lo que pretende probar, y el tribunal la admita, y luego de absueltas las posiciones juradas por el absolvente, bajo el principio de la reciprocidad, éste indique ese objeto en el momento de formularlas a la otra parte. En tal caso, ¿qué valor tienen las posiciones juradas absueltas por las partes? ¿Cómo queda el principio de la reciprocidad? ¿Qué ocurre si el promovente de la prueba que no indicó el objeto de la misma, en el momento de absolver las suyas queda confeso al admitir los hechos controvertidos? ¿Es inexistente de todos modos la prueba? Si nos atenemos a la doctrina del Máximo Tribunal de la República, allí no existe ninguna confesión del absolvente que admitió los hechos controvertidos, dado que las posiciones del promovente (que no indicó el objeto de la prueba) deben tenerse como inexistentes, es decir, como no promovida esa prueba; y si así debe tenerse (como no promovida) entonces no existe confesión alguna en el caso propuesto con la interrogante, pues no habrá prueba evacuada al no existir tampoco posiciones recíprocas.

4) De igual modo puede acontecer que el demandante acompañe con el libelo de la demanda un instrumento privado, sin indicar qué pretende

probar con el mismo, y en el acto de contestación de la demanda el demandado, a quien se opuso el instrumento como emanado del mismo o de algún causante suyo, no manifiesta formalmente que lo niega, en cuyo caso el silencio al respecto dará por reconocido el instrumento (artículo 444, CPC); por lo cual ese instrumento tiene la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones, y hace fe, hasta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones (artículo 1.363, CC).

¿Y qué ocurriría si bajo el mismo supuesto, es decir, que el demandante no indique el objeto de ese instrumento privado, y no obstante el demandado en el acto de la contestación de la demanda, lo reconoce expresamente? ¿Tendrá, el demandante, en ese caso, que promover el instrumento dentro del lapso de promoción de pruebas para que indique el objeto de esa prueba? ¿Qué ocurre si no promueve el instrumento de tal modo? ¿Será tenido por inexistente cuando ya quedó bajo los efectos de los artículos 444 del Código de Procedimiento Civil y 1.363 del Civil?

Parece comprensible que, en ese caso, el demandante, en cuyo beneficio quedó reconocido ese instrumento, no tiene por qué promoverlo a tenor del artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, pues la ley exige al demandante producir los instrumentos en que se fundamente la pretensión con el libelo de demanda (ord. 6º artículo 340 CPC), en donde no se ordena al demandante indicar el objeto de tal prueba. *Mutatis mutandi,* ¿qué decir del instrumento público o auténtico que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un registrador, por un juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado, en caso de que a quien se opuso no lo hubiere tachado de falso?

5) Asimismo, a modo de inquietud, puede observarse que de haber el demandante acompañado con el libelo de la demanda un instrumento sin indicar el objeto del mismo (como prueba), y el demandado no dé contestación a la demanda y nada probare que le favorezca. ¿Qué ocurre en ese caso? Se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante y vencido el lapso de promoción de pruebas sin que el demandado hubiese promovido alguna, el Tribunal

procederá a sentenciar la causa, sin más dilación, dentro de los ocho días siguientes, ateniéndose a la confesión del demandado, según lo preceptúa el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil.

6) De igual modo, supongamos que una de las partes promueve una prueba, sin indicar qué se propone probar con la misma, y la otra parte la tiene también como suya, haciendo valer la misma e indicando su objeto, lo que se propone probar con ella. ¿Es inexistente la prueba por ausencia del objeto de la misma por parte del promovente? ¿El elemento probatorio admitido por la otra parte que indicó el objeto de la prueba común no debe ser examinado por el juzgador, o deberá tenerse la prueba como inexistente?

7) En los diversos casos hipotéticos propuestos, de declararse como no promovida la prueba, ¿no constituiría un formalismo contrario a la norma de los artículos de la Constitución Nacional vigente (CRBV), tales como el 26 (derecho a la tutela judicial efectiva), artículo 49 (el debido proceso en donde está inmerso el derecho a la defensa) y artículo 257 (el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia, sin que pueda sacrificarse la misma por la omisión de formalidades no esenciales)? Según la citada doctrina del TSJ, si el promovente de la prueba no indica el objeto de la misma, esa prueba será considerada inexistente, es decir, como si jamás hubiese sido promovida. ¿Acaso el juez no debe escudriñar en las actas del proceso para atenerse a lo alegado y probado? ¿No corresponde al juez providenciar los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes, y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes, como lo estatuye el artículo 398 del CPC? Si el promovente no indica qué pretende probar con el medio probatorio ofrecido ¿no será esta omisión una manera para desistir o renunciar a la prueba promovida?

8) El promovente de la prueba no indica qué pretende probar con la misma. En consecuencia, se aplica la regla de las Salas Civil y Constitucional del TSJ, que predican la inadmisibilidad de esa prueba, al considerarse que "Si no se cumple con este requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omi-

sión de promoción de prueba" (Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 16-11-01, caso: Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra Microsoft Corporation). Por tanto, ¿la anterior afirmación de la Sala de Casación Civil no estará dando por demostrado lo que debe demostrarse (el sofisma denominado *"petición de principio"*), tan duramente criticado y sancionado por la propia Sala? ¿Bajo qué argumentación o motivación se concluye que no existirá prueba válidamente promovida, cuando el promovente no indica qué pretende probar con la misma? Si quien ofrece el medio probatorio no indica qué pretende probar con el mismo, tal omisión se puede equiparar al defecto u omisión de promoción de prueba y por qué?

9) La Sala Constitucional del TSJ, en decisión de fecha 11-07-03, decidió que *"*(...) *cuando se promueve una prueba debe indicarse cuál es el objeto de la misma y qué se pretende probar con ella, porque de lo contrario dicha prueba será ilegal al no poderse valorar la pertinencia, y por tanto inadmisible* (...)*"* (caso: Puertos de Sucre, S.A. en amparo). Por consiguiente, ¿Cómo sabe el juez que por el solo hecho de no indicarse cuál es el objeto de la prueba promovida, de no indicarse qué se pretende probar con la misma, dicha prueba es ilegal al no poderse valorar la pertinencia, y por tanto inadmisible? ¿Qué método utiliza el juzgador para llegar a esa determinante conclusión? Acaso, ¿no se estará, de tal modo, dando por demostrado lo que debe demostrarse? ¿Es que el juez allí acude a su saber personal o privado, indicativo de lo innecesario de valorar la pertinencia de la prueba? El juez no es, por tanto, independiente en el sentido hermenéutico de la palabra –como aduce Isidoro Álvarez Sacristán–; es sí, independiente en cuanto libre –o debe ser– de condicionamientos jurídicos o políticos, libre de presiones extrajudiciales; la única presión a la que debe estar sometido es a la justicia derivada de la interpretación garantista constitucional de la Ley"[183]. Recordemos aquí lo dicho por Sentís Melendo, cuando se refiere a las pruebas admisibles e inadmisibles: estamos, pues, como vengo señalando, ante

[183] *La Justicia y su Eficacia (de la Constitución al proceso)*, p. 71, Madrid, 1999.

otra clasificación inútil y perturbadora, que los códigos cuidan de que, en la duda, se esté por la admisión, pues para echar al canasto de los papeles una prueba, siempre se estará a tiempo; y no al contrario[184].

10) Cuando el promovente de la prueba no indica cuál es el objeto de la misma y qué se pretende probar con ella, según la Sala Constitucional dicha prueba será ilegal al no poderse valorar la pertinencia y, por tanto, inadmisible. Como se observa, en tal caso, la prueba es ilegal, no porque la misma haya sido obtenida en violación de los derechos fundamentales de la parte a quien se opone, sino porque su ilegalidad deviene de no poderse valorar la pertinencia. Ahora bien, ¿qué impide que el juzgador esté imposibilitado de valorar la pertinencia de la prueba? ¡Nada lo impide! Y volvemos a lo ya discutido: ¿se están dando por demostradas la ilegalidad e impertinencia de esa prueba, cuando las mismas deben demostrarse? El juzgador –por disposición del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil– está obligado a analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del Juez respecto de ellas. Esta obligación deja de cumplirse cuando el juez da por demostrado lo que debe demostrarse a través de la correspondiente valoración. Si procesalmente caracterizábamos la prueba como actividad de verificación, comparación y convicción –afirma Sergi Guasch Fernández–; desde una perspectiva política, la prueba integra el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho a probar en el proceso las afirmaciones de hecho efectuadas por las partes al fundamentar su pretensión (...) Así, se integra la aportación de los elementos de prueba entre los medios de defensa y cuya vulneración puede producir indefensión[185].

11) Ha quedado demostrado que las mencionadas Salas del TSJ exigen que el promovente de la prueba indique qué pretende probar con el medio

[184] *Ob. Cit.*, pp. 347 y 348.
[185] *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil,* pp. 246 y 247, Barcelona, España, 1998.

de prueba ofrecido. Por tanto, volvamos al ya discutido aserto de la Sala de Casación Civil del TSJ: "Si no se cumple con este requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba". Como esta afirmación pudiera constituir una *"petición de principio",* según la argumentación *supra* anotada, de todas maneras no contiene una respuesta satisfactoria, pues inductivamente produce una conclusión que plantea muchas dudas al no cumplirse con la necesaria argumentación demostrativa del método empleado para llegar a esa conclusión; y tampoco demuestra por qué si la prueba fue promovida, cómo es que ésta fue omitida (omisión de promoción de prueba). La prueba está allí, la postuló u ofreció su promovente, luego, entonces, ¿cómo es que no fue promovida? ¿Estamos en presencia de una incongruencia? ¿En tal situación cómo queda el principio del *favor probaciones* que opera o actúa en caso de objetivas dudas o dificultades probatorias (*difficilioris probaciones*). Este principio, no ajeno a la doctrina del TSJ, actúa a favor de la admisibilidad de la prueba. ¿Entre pecar por aparente "exceso" o impedir el acceso a la prueba como derecho constitucional, con cuál nos quedamos?

12) En presencia del principio de la *comunidad de la prueba,* también denominado de la adquisición de la prueba, tal y como ya observamos en algún lugar y dentro de la presente temática, una vez introducida legalmente la prueba al proceso, la misma no pertenece a quien la ofrece, sino al proceso mismo, pues beneficia no sólo a su promovente sino que también podría favorecer a la otra parte; en cuyo caso el medio probatorio ofrecido ya no puede ser renunciado o desistido. La prueba se adquiere para el proceso y no para quien la promueve. En consecuencia, como observamos, si el promovente no indica qué pretende probar con el medio probatorio ofrecido ¿no será esta omisión una especial forma o manera de desistimiento o renuncia a la prueba promovida? Pareciera que sí, pues bajo el rigor de esa omisión la doctrina imperante en las Salas Plena, Civil y Constitucional del TSJ, por una parte esa prueba se tiene como no promovida, en tanto que también es inadmisible por su ilegalidad al no poderse valorar su pertinencia. En la praxis, es una manera de renunciar o desistir de la prueba, en contradicción con el mencionado principio.

13) En la hipótesis antes discutida y en contradicción con la discutida doctrina del TSJ, ¿acaso el juez, no puede, en todo caso, ordenar la práctica de la prueba si la considera conducente a la solución de la causa, aun cuando esa prueba sea considerada inadmisible, dado que el promovente no indicó lo que pretendía probar con la misma? Evidentemente que sí. Una vez concluido el lapso probatorio, el juez puede de oficio ordenar la práctica de las siguientes *diligencias (o pruebas)*: Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro, a pesar de que el promovente no indicó qué pretendía probar con ese medio probatorio ofrecido; exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario, a pesar de que el promovente no indicó qué pretendía probar con ese medio probatorio ofrecido; la comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes, a pesar de que el promovente no indicó qué pretendía probar con ese medio probatorio; que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen, a pesar de que el promovente no indicó qué pretendía probar con ese medio probatorio ofrecido; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro, a pesar de que el promovente no indicó qué pretendía probar con ese medio probatorio; y, que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos, a pesar de que el promovente no indicó qué pretendía probar con ese medio probatorio ofrecido. El auto en que se ordenen estas diligencias, fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación (artículo 401, CPC). Posiblemente nos cuesta admitir los términos de la discusión, a la luz de la comentada doctrina de las mencionadas Salas del TSJ, pero indudablemente que sí podemos coincidir en que esas *diligencias, son diligencias probatorias,* porque pretenden escudriñar "la verdad procesal" (artículo 12, CPC), buscar los hechos

afirmados controvertidos. ¿Y cómo procede el juez para practicar esas diligencias si no es indagando sobre los hechos afirmados en la demanda o su contestación, a objeto de que esas diligencias se practiquen de modo coherente y congruente? Y no por eso podemos calificar esas diligencias probatorias como sustitutivas de la prueba o pruebas desechadas. El juez no está, en tal caso promoviendo pruebas, sino investigando y buscando la presencia histórica de esos hechos, para aplicar del silogismo judicial la premisa menor (los hechos afirmados), la premisa mayor (la norma jurídica específica) en la resolución de la controversia a través de la sentencia; no obstante que concebir la sentencia como un silogismo constituye un error monumental y un disparate, tal como lo afirma Luis Recaséns Siches[186]. ¿Por qué la Ley concede al juzgador esas facultades? Porque el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia material del caso concreto (artículo 257, CRBV).

14) En el positivismo jurídico encontramos, apunta Ronald Dworkin, una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez –de acuerdo con esa teoría– tiene "discreción" para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una u otra de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos... No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos[187]. Y dentro de la temática conducente a la dificultad de la *pertinencia del medio probatorio o del hecho* que se presenta con aquél, como caso posiblemente difícil en cuanto a su apreciación a priori por el juez; el juez debe guiarse –como argumenta Devis Echan-

[186] *Introducción al Estudio del Derecho*, pp. 198 y ss., 5ª edic. México, 1979.
[187] *Los Derechos en Serio, Ob. Cit.*, p. 146.

día– por un criterio muy amplio cuando resuelve sobre la admisibilidad del medio propuesto. Sólo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisible la prueba; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba[188]. Por eso, ¿qué perjuicio legal se ocasiona a la otra parte, cuando de todas maneras el juez tiene en la sentencia definitiva el deber de apreciar o valorar la prueba admitida, e incluso efectuar la valoración de las *diligencias probatorias* (*Vid.* Nº IX) a que hicimos referencia; daño que sí resulta pernicioso e irreparable en contra del promovente a quien se le desecha la prueba, sin oportunidad alguna de poderla ofrecer nuevamente?

15) Se sostiene que para que pueda existir el vicio de silencio de prueba, es menester que existan pruebas válidamente promovidas, desde luego que, de lo contrario, cada vez que un juez valore las resultas de una prueba promovida sin señalar su objeto específico estará quebrantando su deber de decidir conforme a lo alegado y violando el principio de igualdad procesal por sacar elementos de convicción de fuera del proceso, ya que la actuación procesal inválida equivale a actuación inexistente y por ende ningún efecto puede producir.

a) *Para que pueda existir el vicio de silencio de prueba es menester que existan pruebas válidamente promovidas.* Se trata de una regla que establece un requisito atinente a la formalidad que debe cumplirse en la promoción de la prueba, para que la misma esté válidamente promovida, y ese requisito se refiere a que el promovente de la prueba debe indicar qué es lo que pretende probar con la misma. La regla no precisa qué entiende por prueba válidamente promovida, desde luego que la validez tiene que ver con pluralidad de aspectos en su determina-

[188] *Teoría General..., Ob. Cit.*, Vol. 1, p. 346.

ción, entre otros, como por ejemplo, que la prueba esté consagrada en nuestra legislación, o que se trate de la prueba libre (medio de prueba atípico), que se haya obtenido sin violación de los derechos fundamentales de la parte a quien se opone el medio probatorio ofrecido, que no esté prohibida en la ley, que se ofrezca dentro del lapso establecido para ello y dentro de la oportunidad procesal correspondiente (principio de preclusión), que no atente contra el orden público o las buenas costumbres, que sea pertinente. Ahora bien, los conceptos de **validez** y **legalidad** de la prueba parecieran juntarse dentro de la regla –porque la validez de la prueba deviene de haberse cumplido los requisitos exigidos por la ley para que surta efectos la misma (prueba)–; mientras que la legalidad indica que se han cumplido las exigencias de la ley. Por tanto, como la regla se refiere a que si no se cumple con indicar qué es lo que se pretende probar con el medio de prueba ofrecido, *"no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba"*; el juez no incurrirá en el vicio de silencio de prueba porque no tiene prueba que apreciar o valorar, dado que la misma no existe. ¿De dónde se obtiene que la prueba no es válida, cuando la validez no se adquiere sino del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley? La prueba está allí, con defectos o sin los mismos, pues fue promovida, y por tanto no puede considerarse que fue omitida. Se omitiría la formalidad requerida por la regla sobre la cual estamos discurriendo, pero no se omitió la prueba. De haberse omitido, la prueba no habría sido ofrecida.

b) De lo contrario, cada vez que un juez valore las resultas de una prueba promovida sin señalarse su objeto específico, estará quebrantando su deber de decidir conforme a lo alegado y violando el *principio de igualdad procesal* por sacar elementos de convicción de fuera del proceso. Esta conclusión que presenta la regla nos remite, en primer lugar, al *thema decidendum,* al problema judicial debatido según los términos en que se explanó la pretensión y la contradicción; por lo cual el juez debe resolver todo lo alegado y sólo lo alegado por las partes, y si él valora la prueba que no cumple con la formalidad establecida por la regla *in commento,* no por eso está faltando al deber de decidir conforme a lo alegado, porque pudiera acontecer que ningún valor probatorio

atribuya a esa prueba, o por el contrario afirme que la misma demuestra el hecho alegado, en cuyo caso no estaría sacando elementos de convicción fuera de autos. Pues es de suponer, en este caso, que el juzgador encontró en esa prueba el hecho afirmado; por lo cual, entonces, no estaría violando el principio de igualdad procesal, sino dictando una decisión congruente. La igualad procesal consiste, sostiene Arazi, en no establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en paridad de circunstancias y condiciones; pero nada impide contemplar en forma diferente situaciones que se estiman distintas, siempre que la discriminación no sea arbitraria, no responda a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases de personas, ni implique indebido favor o privilegio personal o de grupos. No se transgrede este principio cuando hay una causa objetiva para discriminar, aunque su fundamento sea opinable; tal es el caso del beneficio de litigar sin gastos otorgado a una de las partes, ya que en ese supuesto, lejos de vulnerarse la igualdad, se procura que los litigantes sea puestos en el proceso en paridad de condiciones[189]. Es más, el juez incurriría en incongruencia positiva si fundamentara su decisión en razones de hecho no alegadas, o en el caso de que otorgue a la parte más de lo que pidió (*ultrapetita*), o decide una cosa distinta de la pedida (*extrapetita*), pues en ninguno de tales casos la sentencia se somete a la pretensión deducida o a las defensas y excepciones opuestas. Creemos que el argumento encuentra consistencia cuando el propio legislador autoriza al juez para ordenar de oficio la realización de algunas pruebas, como ya observamos, de la manera como aparece en los artículos 734 del Código de Procedimiento Civil (caso de interdicción), artículo 451 *eiusdem* (práctica de la experticia sobre puntos de hecho, en los casos permitidos por la ley); artículo 472 *ibídem* (inspección judicial u ocular de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa); artículo 1.426 del Código Civil (si el tribunal no encuentra la claridad suficiente puede de oficio ordenar una nueva experticia); artículo 1.419 *eiusdem* (deferir el juramento al demandante, en los juicios sobre obligaciones civiles procedentes de hecho ilícito, culpa o dolo).

---

[189] *Los Principios Procesales y la Prueba, Ob. Cit.*, p. 27.

c) Que la actuación procesal inválida –se afirma– equivale a actuación inexistente y por ende ningún efecto puede producir. Suponiendo que actuación inválida y actuación inexistente sean expresiones equivalentes, sin embargo, la regla en discusión se atribuye fuerza obligatoria por sí misma, sin precisar qué norma legal contempla esa sanción, es decir, no indica cuál es su fuente. Ya observamos que la regla no se origina en algún lugar, dentro de estas normas procesales a que hicimos referencia. En ninguna de las mencionadas normas jurídicas, aparece alguna sanción procesal atinente a la invalidez o inexistencia del medio probatorio ofrecido, cuando su promovente no indique qué es lo que pretende probar con el mismo, en cuyo caso su omisión no apareja la sanción de inadmisibilidad. Se trata, entonces, que como en esas normas procesales no se contempla ninguna sanción en contra del promovente omiso, podría entenderse que la interpretación del juez creó la sanción incorporándola a la norma que no estatuía la sanción, para hacer depender o derivar de la norma una consecuencia allí no prevista: la invalidez o inexistencia de la prueba y, por tanto, la no producción de efecto jurídico alguno. Observemos este ejemplo: una de las partes promueve una prueba, sin indicar qué se propone probar con la misma, y la otra parte la tiene como suya, haciendo valer la misma e indicando su objeto, lo que se propone probar con ella. ¿Es inválida o inexistente la prueba al no haber indicado su promovente primigenio lo que pretendía probar con la misma? ¿El elemento probatorio admitido por la otra parte, que indicó el objeto de la prueba común, no debe ser examinado por el juzgador, o deberá tenerse la prueba como inválida o inexistente?

16) El precedente de cumplimiento obligatorio sobre la indicación de lo que pretende probarse con el medio ofrecido (objeto de la prueba) se va desdibujando en beneficio del justiciable ante el avance de la socialización del proceso. El fin de la sentencia es la justicia material del caso concreto y, sin embargo, para llegar a ello no es fácilmente deducible el hecho alegado como verdad probática, sino que ocurren plurales circunstancias que pueden impedir ese fin con la intromisión de hechos diferentes y la verdad real permanece en la penumbra. Por esto la sentencia es un mero acto de certeza no tanto de verdad. De certeza porque el juez o tribunal lo que encuentra en las actas del expediente es un

hecho, o hechos, que alegado fue probado de alguna manera, y por eso aparece como cierto, pero eso pudiera no ser la verdad, aun cuando así se afirme, y tampoco la certeza se encuentra siempre. Por tanto, se afirma que el fin de la prueba judicial es la fijación de los hechos del proceso, con lo cual los mismos conducen a la verdad pretendida, pero en realidad los hechos fijados pueden o no coincidir con la convicción a que el juez puede llegar. Incluso, hay relación relativa entre *"certeza"* y *"verdad"*, pues en ocasiones se puede encontrar la certeza del hecho, pero no la verdad del mismo, en cuyo caso se ha demostrado un hecho (allí está demostrado), pero el mismo no es verdadero en cuanto su demostración no es real, sino ajeno a la verdad, no obstante aparecer como cierto porque se demostró en el proceso; al igual que hay ocasiones en que la certeza y la verdad coinciden en un punto: el hecho cierto y verdadero al mismo tiempo. Pero para que haya certeza, como afirma Mittermaier, se exige el cumplimiento de ciertas condiciones esenciales: 1.- Requiérese un conjunto de motivos, acreditados por la razón y la experiencia, para poder servir de base a la convicción; 2.- Es preciso que la preceda un esfuerzo grave e imparcial, profundizando y apartando los medios que tiendan a hacer admitir la solución contraria; 3.- No puede existir certeza hasta haber sido alejado los motivos resultantes de los autos, que tienda a presentar la inculpación como descansando acaso sobre una imposibilidad o lleguen a dar un resultado positivamente contrario al que los demás motivos suministran; 4.- Antes de que la certeza predomine, el entendimiento quiere ver alejados los motivos mismos que no se apoyarían sino en una posibilidad en sentido contrario; 5.- Por lo que respecta a la circunstancias simplemente imaginables, aunque poco frecuentes, el entendimiento no podría olvidarlas desde el punto en que existieran indicios en la causa, por ligeros que fuesen, que estableciesen una probabilidad siquiera lejana[190].

[190] *Tratado,* p. 71 y 52.

CONCLUSIONES

Ante la pluralidad de criterios, como se ha observado, objeto de la prueba judicial no son sólo los hechos controvertidos sino también lo que pueda asimilarse a éstos (costumbre, si fuere controvertida; y ley extranjera, pues como afirma Couture, ninguna regla presume conocido el derecho extranjero)[191]; aun cuando en principio las normas jurídicas no son objeto de prueba, en determinados casos al negarse la existencia y contenido de las mismas; las normas del derecho histórico (con cierta antigüedad, que deba ser aplicado para la solución del caso); las disposiciones dictadas por órganos con poder normativo y que no hayan sido publicadas en la *Gaceta Oficial;* los mismos datos que integran el contenido de las alegaciones procesales. Lo que se prueba son afirmaciones que podrán referirse a hechos. Por tanto, objeto de la prueba judicial es la materia a que se contrae la acción o actividad probatoria, alegada y controvertida en el proceso, conducente a la sentencia.

Y como la regla obligatoria, en atención al objeto de la prueba judicial civil, elaborada por las Salas Plena, Civil y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, según la cual quien ofrece el medio probatorio

[191] *Fundamentos..., Ob. Cit.*, p. 222.

tiene el deber de precisar qué es lo que pretende probar con el mismo, de suerte que de no cumplirse con ese requisito no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba, y que trae como consecuencia la no obligación del juzgador de valorar o apreciar la prueba promovida, con tal defecto omisivo, en cuyo caso no incurre el juzgador en el vicio de silencio de prueba; esa regla obligatoria nos ha permitido la posibilidad de discurrir a lo largo de las presentes anotaciones.

La tesis del profesor Cabrera Romero tiene, entre otros méritos, el de haber creado interés por el tema y la toma de conciencia sobre la necesidad de que nuestra legislación civil se modernice en cuanto al objeto de la prueba judicial se refiere, en orden a la alegación de lo que se pretende probar con el medio probatorio que se ofrece.

Según el numeral 5 del Artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, en el libelo de la demanda se deberá expresar *la relación de los hechos,* pero el vocablo *"relación"* no ha denotado en la praxis judicial más que una "referencia" o "declaración"; por lo cual resulta necesario establecerse que en la demanda se expongan los hechos y los fundamentos de derecho, y se fije con claridad lo que se pide, con el deber de narrar los hechos en forma ordenada y clara con la finalidad de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar la demanda; y la obligación de éste de admitir o negar los hechos afirmados por el demandante, pues, en caso contrario, el tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le perjudiquen; y si el demandado alegare en la contestación a la demanda la falta de claridad o precisión de ésta en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas, o si el actor adujere en la audiencia esos mismos defectos en la contestación o en la reconvención; o si, de oficio, el tribunal apreciare unos u otros, admitirá en el acto de la audiencia (la audiencia previa al juicio) las aclaraciones o precisiones oportunas.

En caso de no formularse aclaraciones y precisiones, el tribunal sólo decretará la terminación del proceso si no fuese en absoluto posible

determinar en qué consisten las pretensiones del actor, o, en su caso, del demandado en la reconvención, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones. Y para que no quede ninguna duda que el fin de la prueba[192] es llevar la convicción al juez de la certeza de los hechos afirmados controvertidos, una vez contestada la demanda y, en su caso la reconvención, o transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal dentro del día que determine la ley, convocará a las partes a una audiencia que habrá de celebrarse en el plazo respectivo, para la conciliación de las mismas, que ponga fin al proceso, a objeto de examinar también las cuestiones procesales que deban ser subsanadas y proponer y admitir la prueba.

Es más, de no producirse la conciliación entre las partes convocadas a la referida audiencia (audiencia previa al juicio), ésta continuará para que ellas o sus defensores, con el tribunal, fijen los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad. De no producirse todavía la conciliación, ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de las pruebas.

Para apuntalar con mayor precisión y claridad la función del juez o tribunal, en cuanto a que el proceso debe ser un instrumento para la realización de la justicia, si el tribunal considera que las pruebas ofrecidas por las partes no son suficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados para la insuficiencia probatoria. Al realizar tal manifestación el tribunal, so-

[192] Sin embargo, existen diversos criterios sobre el fin de la prueba judicial. Para uno es establecer la verdad, como ocurre con nuestro legislador para quien "Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados..." (art. 12, CPC). Para otros, la finalidad de la prueba consiste en obtener el convencimiento o la certeza sujetiva del juzgador; y para los terceros es la fijación de los hechos.

metiéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá, en decisión motivada e inimpugnable, ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere conveniente, como así ocurre a tenor de lo previsto en el artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Las partes, en consecuencia, podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal. Luego de admitidas las pruebas legales, pertinentes y útiles para la solución de la controversia, el tribunal procederá a señalar la fecha de la audiencia de juicio, que tendrá por objeto la práctica de las pruebas de las partes y la posterior sentencia de la causa.